

THÈSE DE
PARIS.
1892
N^o. 82.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
GAINS DE SURVIE
DU CONJOINT
DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

DROIT FRANÇAIS
DROITS HÉRÉDITAIRES
DU CONJOINT SURVIVANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 9 juin 1892, à 2 heures 1/2

PAR

FERNAND LAPASSET

Avocat à la Cour d'Appel

Attaché au Parquet du Procureur de la République

Président : M. E. GARSONNET, professeur.

Suffragants : { MM. JALABERT, } *professeurs.*
 { LÉON MICHEL, }
 { M. CHAVEGRIN, } *agréé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS
A. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, rue Soufflot, 16

1892



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

UNIVERSITE DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
GAINS DE SURVIE
DU CONJOINT
DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

DROIT FRANÇAIS
DROITS HÉRÉDITAIRES
DU CONJOINT SURVIVANT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 9 juin 1892, à 2 heures 1/2

PAR

FERNAND LAPASSET

Avocat à la Cour d'Appel

Attaché au Parquet du Procureur de la République

Président : M. E. GARSONNET, professeur.

Suffragants : { MM. JALABERT, } *professeurs.*
 { LÉON MICHEL, }
 { M. CHAVEGRIN, } *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS
A. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, rue Soufflot, 16

1892



**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs..**

DROIT ROMAIN

GAINS DE SURVIE DU CONJOINT

DANS LA LÉGISLATION DE JUSTINIEN

INTRODUCTION

Soit que l'on considère l'affection présumée, soit que l'on se place au point de vue de la justice, est-il un titre plus digne de faveur que celui d'époux ? Quel est le lien plus puissant que celui qu'engendre l'union conjugale ? Sur ce point c'est au témoignage des siècles qu'il faut faire appel ; il suffit de rappeler l'admirable définition qu'en ont donnée les jurisconsultes romains ; on peut dire qu'il n'y en a pas de plus belle : « *consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (Dig. 1, de Rit. Nup., XXIII, 2), *vir et mulieris conjunctio individuum consuetudinem vitæ continens* » (Inst. I, 9, § 1). Cette union intime, cette union sacrée qui fonde la famille crée assurément les droits les plus légitimes ; avant de se devoir

à leurs parents, même à leurs enfants, l'homme et la femme qui se sont choisis se doivent mutuellement l'un à l'autre ; cette obligation de se prêter secours et assistance ne doit pas brusquement cesser lorsque la mort vient rompre leur union humaine ; elle survit à sa dissolution ; il n'est que juste d'assurer la vie matérielle de celui qui pleure un époux que la mort lui a ravi ; on doit tout au moins lui épargner dans son malheur la gêne et peut-être la misère qui sont souvent la funeste conséquence de la disparition de l'époux dont la fortune personnelle faisait seule face aux besoins du ménage.

Le survivant d'ailleurs n'a-t-il pas été l'auxiliaire le plus utile et le plus dévoué dans la direction, la surveillance, la conservation, l'accroissement des intérêts communs ; la sage et vigilante économie de la femme, l'active et habile gestion du mari ont conservé, accru peut-être le patrimoine du prédécédé ; ne méritent-ils pas une récompense ? Il ne suffit pas de permettre aux conjoints de se faire telles libéralités que bon leur semble, de leur laisser dans le choix des conventions qui régleront le sort du survivant la plus grande latitude, de déroger en leur faveur au droit commun. La sollicitude du législateur ne doit pas s'arrêter là ; il ne remplit pas sa mission lorsqu'il n'intervient pas pour accorder à l'époux survivant des droits que son conjoint n'a pas eu le loisir ou la pensée de lui donner.

Nous n'avons pas à refaire ici un exposé historique savamment présenté en 1873 par M. Boissonade, alors agrégé à la Faculté de droit de Paris, devenu depuis le législateur du Japon ; sa remarquable étude fut cou-

ronnée par l'Académie des Sciences morales et politiques. Nous laissons donc de côté tout ce qui se rapporte aux anciennes législations de l'Orient, aux lois de la Judée, de l'Inde et de la Grèce dont il nous a fait connaître les grandes lignes ; il conclut que bien qu'en général la succession entre époux ne fût pas regardée d'un œil favorable, elles se montraient cependant suffisamment prévoyantes et autorisaient les dispositions entre vifs ou testamentaires.

Le droit romain que nous étudierons dans son dernier état, à une époque où le législateur avait peu à peu accordé à l'époux survivant des avantages appréciables, se montrait alors plus libéral que notre Code civil, heureusement modifié sur ce point par une loi d'hier ; ses rédacteurs avaient eu le tort d'emprunter aux jurisconsultes de l'époque classique une rigueur singulièrement atténuée au Bas Empire par l'influence du christianisme ; la nouvelle religion qui faisait du mariage un sacrement, et tendait à le rendre indissoluble devait nécessairement se montrer favorable pour un titre aussi saint à ses yeux que celui d'époux.

Notre étude sera divisée en trois chapitres. Dans le premier nous exposerons les droits de succession *ab intestat* ; le deuxième sera consacré à l'examen des divers procédés au moyen desquels les conjoints pouvaient assurer le sort du survivant ; nous divisons donc les gains de survie en droits légaux et droits conventionnels. M. Boissonade rejette avec raison cette division ; inapplicable pour la longue période qu'embrasse son étude, elle est parfaitement logique pour nous qui ne considérons que

l'état de la législation sous Justinien ; l'attribution de la dot au mari survivant est dans tous les cas devenue exclusivement conventionnelle. Dans notre troisième chapitre nous mentionnerons les causes de déchéance des gains de survie étudiés dans les deux premiers.

CHAPITRE PREMIER

DROITS DE SUCCESSION AB INTESTAT.

A défaut de parents le préteur avait appelé à la succession *ab intestat* l'époux survivant non divorcé auquel il avait donné la *bonorum possessio unde vir et uxor* ; nous la retrouvons dans le droit de Justinien.

Mais les cas dans lesquels le conjoint profitait de sa vocation héréditaire étaient, on le conçoit aisément, excessivement rares ; le droit qu'on lui avait reconnu était platonique, à peu près illusoire. Aussi statuant pour l'hypothèse qui devait particulièrement éveiller la sollicitude, celle où l'époux survivant se trouve sans ressources Justinien lui accorda sur la succession du prédécédé un droit qui sous le nom de quarte du conjoint pauvre se perpétua dans nos provinces méridionales. C'est une des institutions les plus belles, les plus justes, les plus conformes au droit naturel, écrivait au siècle dernier un de nos jurisconsultes des pays de droit écrit, Boucher d'Argis.

Notre chapitre se subdivise donc naturellement en deux sections ; l'une consacrée à la *bonorum possessio unde vir et uxor*, l'autre à la quarte du conjoint pauvre.

SECTION

Bonorum possessio unde vir et uxor.

§ 1. — Tant que le mariage accompagné de *conventio in manum* avait été usité, tant que l'épouse patricienne par l'accomplissement des cérémonies religieuses de la *confarreatio*, dont la principale, le partage entre les conjoints d'un gâteau de pur froment, était le signe de la communauté d'existence qui allait commencer pour eux ; tant que la femme plébéienne à la suite d'un achat fictif la *coemptio*, qui selon toute probabilité fut la source la plus ancienne de la *manus*, ou par une sorte d'usucapion annale qu'elle pouvait interrompre en s'absentant chaque année pendant trois nuits tombaient sous la puissance du mari, il avait été inutile d'édicter des dispositions spéciales à l'époux survivant.

La *manus* en effet était comme l'*adrogatio* un mode d'acquisition à titre universel (Gaïus, II, 86, 90 ; III, 82). Tout ce que la femme possédait, au jour du mariage ou pouvait acquérir par la suite, appartenait au mari qui pouvait en disposer même par testament aussi librement que de ses autres biens ; elle ne pouvait avoir de droit de propriété tant que vivait son époux ; selon l'heureuse expression de M. Laboulaye (*Condition des femmes*, Sect. II, ch. I), elle était sans droit devant la Souveraineté absolue du chef de famille. On sait que de longues discussions ont été soulevées sur l'étendue des pouvoirs que la *manus* conférait au mari ; ne portait-elle que sur les

biens ? n'atteignait-elle pas aussi la personne ? Beaucoup d'auteurs pensent qu'elle constituait seulement un régime matrimonial ; elle aurait été une sorte de communauté universelle ; par elle-même elle n'aurait donné aucun droit au mari sur la personne de la femme (Gide, *Condition de la femme*, p. 119, éd. Esmein. Cuq : *Institutions juridiques des Romains*, p. 206) ; ces interprètes invoquent un passage de Gaïus (II, 89, 90), qui semble en effet favorable à leur opinion ; le mari, dit le jurisconsulte, ne peut acquérir la possession par l'intermédiaire de sa femme *in manu* parce qu'il ne la possède pas.

La question est cependant douteuse ; certains commentateurs croient que dans certains cas tout au moins le mari avait un droit de vie et de mort (Marezoll § 164). Nous n'avons pas à insister autrement sur ce point ; quelle que soit la solution que l'on préfère les droits du mari sur les biens sont les mêmes. Si la femme prédécédait il ne pouvait être question pour lui d'acquérir les droits qu'il avait déjà.

Quant à la femme si son avoir tombait dans la masse unique de la fortune conjugale, un droit de succession s'ouvrait pour elle et compensait cette confusion ; en puissance du mari elle était dans la situation d'une fille ; *filiæ locum obtinebat* disent Gaïus (I, III) et Boëce (Top. II) ; cette situation était la règle de ses droits. A la mort du *pater familias* décédé *intestat* elle avait dans sa succession les mêmes droits que les fils ou filles non émancipés (Gaïus, III, 14) ; son droit diminuait à mesure qu'elle avait plus d'enfants. Comme ceux-ci elle avait la qualité de *sua heres* ; elle devait donc être instituée ou *exheredée* ; (Ulp. XXII,

14); omise elle avait le *jus accrescendi*; plus tard la *bonorum possessio contra tabulas* (Gaius, II, 135. Ulp. XXII, 23) libérée de la *manus* elle était assimilée à une fille émancipée; le préteur lui donnait la *bonorum possessio unde liberi*. La célébration d'un mariage accompagné de *conventio in manum* entraînait la rupture du testament régulièrement fait par le mari (Gaius, II, 139).

Rien dans les fragments des jurisconsultes qui nous sont parvenus n'autorise à considérer la *manus* comme une conséquence nécessaire des *justæ nuptiæ*; quelques auteurs cependant disant qu'elle était conforme à l'esprit du vieux droit romain, aux règles qu'on rencontre chez tous les peuples primitifs, trouvant que c'était le mode de protection qui répondait le mieux, et le plus naturellement au but moral du mariage à une époque où la femme devait à raison de son sexe être placée sous la garde d'un homme la considèrent comme un effet inévitable du mariage (Ginoulhiac, *Hist. du régime dotal*. Esmein, *La manus et la paternité*). Alors même que cette opinion serait vraie pour une époque très reculée, il est certain que de bonne heure, avant même la loi des XII Tables, le mariage et la *manus* furent séparés (Savigny, I, p. 352; Labbé. *Nouv. rev. hist. de droit*, 1887). Le choix entre le mariage *cum manu et sine manu* dépendait de la volonté des époux, et s'ils étaient *alieni juris* de la volonté du *paterfamilias* naturel ou adoptif qui était investi de la *patria potestas* sur le mari. Celui-ci lorsqu'il n'y avait pas eu de *conventio in manum*, lorsqu'il se trouvait marié sous le régime que les interprètes ont appelé le mariage libre, trouvait dans l'acquisition de la dot que la femme lui apportait pour subve-

nir aux besoins du ménage une sorte d'équivalent des droits que la *manus* lui aurait conférés ; mais la femme si elle survivait était privée de tout droit sur la succession de son époux prédécédé, puisqu'aucun lien de parenté même fictif ne l'unissait à lui. Le fisc lui était préféré ; il l'était aussi au mari survivant.

Une telle solution rigoureusement logique cependant et conforme aux principes et à l'esprit du droit successoral ancien, qui loin de respecter les affections présumées du défunt, semblait les méconnaître, de parti pris était injuste.

Cette rigueur devait paraître bien plus excessive lorsqu'à la fin de la République ou au début de l'empire les mariages avec *manus* devinrent de plus en plus rares. La puissante constitution de la famille qui avait fait la grandeur de la Rome des premiers siècles ne devait pas résister aux efforts de la démocratie ; ses bases aristocratiques devaient nécessairement être modifiées lorsque l'aristocratie dut partager le pouvoir avec une classe nouvelle. L'autorité disparaissant dans la République disparut fatalement dans la famille qui n'était qu'un petit état dans le grand état. Ce que la démagogie avait commencé les empereurs l'achevèrent. Ce ne fut pas là la seule cause de la ruine de l'autorité maritale ; bien d'autres vinrent s'y ajouter ; les agnats ou les patrons qui lorsque le mari acquérait sur les biens de la femme *sui juris* placée sous leur tutelle perpétuelle des droits identiques à ceux du *pater familias* sur les biens de ses enfants et descendants, perdaient leurs droits éventuels à la succession de leur pupille, étaient portés à refuser leur *auctoritas* à une *con-*

ventio in manum (Ihering. *Esprit du droit*, II, p. 185). Cuq. *Institutions juridiques des Rom.* p. 223) ; des refus répétés firent songer à supprimer le régime de la *manus*.

La cupidité des maris pour lesquels une belle dot était devenue l'appât le plus sérieux ne devait pas contribuer à maintenir une puissance dont les femmes achetèrent l'atténuation à prix d'argent. Plaute et Horace nous présentent la riche héritière comme un fléau domestique et montrent l'épouse bien dotée parlant désormais en maître dans la maison du mari :

Argentum accepi : dote imperium vendidi

dit un personnage de comédie (Asi. I, sc. I, v. 72).

Dotatæ mactant et malo et damno viros (Aulul. IV, 5, v. 60).

Dotata regit virum conjux (Horace, obs. III, 24).

Le relâchement des mœurs, la décadence de la pureté de la vie de famille attestés par Tite-Live, d'après lequel les femmes romaines enviaient la liberté et même la licence en toutes choses, *omnium rerum libertatem, imo licentiam desiderantes* (XXXIV, 2) accélérèrent encore la disparition de l'ancienne *manus*. Ajoutons que la *conventio in manum* n'était plus nécessaire pour empêcher le père de la femme d'agir contre le mari par l'interdit de *liberis exhibendis* et lui enlever la faculté de rompre un mariage bien assorti. Si l'on en croit Gaius (I, 111) des lois seraient venues toucher au régime de la *manus* ; de quelque manière qu'elle ait disparu, il ne paraît pas douteux qu'à la fin du III^e siècle de l'ère chrétienne le mariage

libre était seul en usage ; la loi Voconia rendue en 585 de Rome atteste que dès cette époque la *manus* tombait en désuétude ; on n'eut pas songé à limiter le droit d'acquérir de personnes qui n'auraient pu être propriétaires ; tout le monde connaît l'anecdote que rapporte Tacite ; sous le règne de Tibère l'une des sources de la *manus*, la *confarreatio* avait disparu ; on peut en conclure que le nombre des mariages accompagnés de *conventio in manum* devait être très restreint.

On n'en trouve aucune trace dans le code théodosien ; les auteurs du v^e siècle en parlent comme d'une institution depuis longtemps abandonnée (Servius ; *ad Oncid.* IV, v. 104, 214, Boëce, *ad Cicer.*, Top. III ; sous Justinien elle n'existait donc qu'à l'état de souvenir ; c'est pour mémoire que nous l'avons mentionnée ; elle n'assurait pas à l'épouse, à la mère de famille, une situation digne d'elle ; le régime qui lui avait succédé bien imparfait sans doute, avait relevé notablement la condition morale de la femme.

Le droit de succession qui appartenait à la femme *in manu* sur les biens de son mari prédécédé ou sur le patrimoine de ses ascendants paternels, s'il était encore *alieni juris* au jour de son décès, n'était pas un véritable droit de succession entre époux ; c'était à la femme considérée comme fille ou descendante : « *Ex loco filiae vel neptis* » qu'était donnée la vocation héréditaire ; ce n'était pas sa qualité d'épouse qui était le fondement de son droit, mais la qualité fictive d'enfant qu'on lui attribuait. Ce droit de succession n'était, du reste, pas réciproque.

Lorsque pour éviter l'injustice qu'il y avait à considé-

rer comme en déshérence et à attribuer au fisc par préférence à l'époux survivant l'hérédité de son conjoint décédé sans laisser aucun héritier appelé par le droit civil à la recueillir, le préteur institua la *bonorum possessio unde vir et uxor*, c'est une véritable succession entre époux qu'il introduisit dans la législation. Le droit civil ne reconnaissait une vocation héréditaire *ab intestat* qu'aux agnats, aux parents par les mâles ; la parenté naturelle n'était pas prise en considération, à l'origine du moins ; plus tard, il en fut autrement, mais les époux sont l'un pour l'autre des étrangers. Il y a entre eux ni agnation, ni cognation ; ils ne sont parents à aucun degré ; c'est donc la qualité de conjoint qui seule désormais les fera préférer au fisc : c'est par faveur pour leur titre que leur est donnée la *bonorum possessio*.

A mesure que triomphaient les sentiments naturels et que devant des idées plus humaines s'abaissait la farouche inflexibilité des lois organiques de la famille, il devait paraître plus pénible d'écarter le conjoint d'une succession souvent enrichie par son esprit d'ordre et son économie ; mais ce n'est pas en un jour que les idées les plus justes emportent la victoire et tout ce que put gagner le préteur ce fut de préférer le conjoint au fisc. Il usa pour atteindre ce but du pouvoir qu'il avait de compléter le droit civil, d'en combler les lacunes. C'est *juris civilis supplendi causa* que fut introduite la *bonorum possessio* dont nous nous occupons. Quelque modeste que fut la réforme, elle constituait un notable progrès ; on réunissait davantage les deux époux en faisant produire au mariage un effet après sa dissolution.

A quelle époque peut-on faire remonter l'origine de cette innovation ; ne fut-elle établie que lorsque la *manus* tomba en désuétude ? Il est difficile de le déterminer d'une manière précise ; elle ne dut pas tarder beaucoup après l'organisation des autres *bonorum possessiones*, si même elle ne l'accompagna ; la création des *bonorum possessiones* données à des personnes dont la vocation héréditaire était déjà consacrée par le droit civil, destinées à en assurer l'exécution, est probablement antérieure à l'introduction de la procédure formulaire (Accarias, II, 441), le préteur posait d'avance, et d'une manière générale les règles qu'il suivrait pour attribuer la *possessio hereditatis* et pour fixer les rôles respectifs des parties dans la pétition d'hérédité. Il est très croyable que de très bon heure, peut-être même dès le début, il donna la *bonorum possessio* en vue de compléter le droit civil ; déjà au temps de Cicéron (*pro cluentio*, 60) il avait créé la *bonorum possessio unde cognati* ; on peut sans hardiesse faire remonter à la même époque la *bonorum possessio unde vir et uxor* ; elle daterait donc de la fin de la République, époque où la *manus* tendait à faire place au mariage libre.

Donnée à des personnes que le droit civil a intentionnellement laissées de côté, elle ne tend pas seulement à empêcher que le défunt reste sans autre successeur que le fisc, en appelant à la succession celui qui a raison du lien qui l'unissait au *de cujus* lui semblait avoir une vocation naturelle ; le préteur prévient aussi l'iniquité d'une usucapion *pro herede*, en présence d'un époux survivant.

Telle qu'elle avait été conçue cette succession du conjoint s'est perpétuée jusqu'à nos jours ne subissant que de légères modifications. Dans l'ancien droit comme sous le Code civil l'époux est exclu par tous les parents au degré successible.

Nous rechercherons dans les deux paragraphes suivants à qui et à quelles conditions elle était donnée, quel rang elle conférait aux appelés.

§ 2. — *A qui elle est donnée; à quelles conditions.*

Comme son nom l'indique elle n'est accordée qu'aux conjoints unis par le lien des *justæ nuptiæ*, dont l'union régulièrement contractée existait encore au jour du décès de l'époux prémourant. Elle n'est accordée qu'à défaut de délation de l'hérédité testamentaire; mais peu importe le motif pour lequel il y a lieu à l'ouverture de la succession *ab intestat*: que le *de cujus* n'ait pas testé, que son testament soit entaché de nullité, ou ne puisse recevoir son exécution pour une cause quelconque, [prédéces, incapacité, répudiation de l'institué : défaillance d'une condition qui tenait en suspens sa vocation] dès qu'il n'y a pas lieu à l'hérédité testamentaire le conjoint survivant qui se trouve dans les conditions déterminées par la loi est appelé à recueillir les biens du prédécédé.

Du principe que nous avons posé au début de ce paragraphe, il résulte que la *bonorum possessio* ne pouvait être réclamée par les personnes vivant en concubinat; dont l'union était entachée de nullité, ou avait été dissoute

par le divorce (L. *uniq.* pr. et § 1, de *bon. poss. unde vir et ux.* XXXVIII, II).

1^o *Les concubins n'y avaient aucun droit.* — Le concubinat peut être défini, l'union d'un homme et d'une femme libres vivant ensemble comme s'ils étaient mariés; certains empêchements au mariage plus ou moins arbitraires expliquent son existence, sont sa raison d'être; les personnes qui ne pouvaient contracter entre elles de *justæ nuptiæ* vivaient en concubinat. C'est une union inférieure, mais qui n'est cependant pas dénuée de tout effet; sans doute les noms estimés de *vir et uxor* ne sont jamais appliqués aux concubins (Maynz § 324), jamais la concubine tirée des rangs inférieurs de la société ne fut honorée à l'égale d'une matrone; mais jamais non plus elle ne fut déconsidérée ou méprisée; le concubinat, d'après la majorité des interprètes, était une union légale, mais non légitime. M. Gide a vivement combattu l'opinion courante dans son étude sur la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine; pour lui le concubinat est une union dépourvue de tout caractère juridique dont la loi ne s'occupe ni pour la confirmer, ni pour la prohiber; elle n'est pas plus régulière que le concubinage chez nous, cette dernière expression traduit exactement le mot latin *concubinatus*; c'est une sorte de mariage morganatique. Si les lois l'ont défini c'est pour le distinguer des *justæ nuptiæ* et du *stuprum* qui constitue un crime; à côté du libertinage que la loi punit il y a celui qu'elle tolère. Nous n'avons pas à discuter ici cette question; nous inclinons à penser que si le législateur crut nécessaire de le définir et de le sou-

mettre à certaines conditions c'est probablement parce qu'il le considérait à certains égards comme une union régulière. Quoiqu'il en soit, il est certain qu'il ne donnait aucun droit à la *bonorum possessio*. Sous Justinien il fait naître cependant dans certains cas au profit de la concubine un droit très restreint de succession *ab intestat*. Elle a une part virile sur les 2/12 qui sont attribués aux enfants naturels; en l'absence d'enfants naturels Justinien n'accorde rien à la concubine du défunt (Nov. 89, c. 12, §§ 4 et 6).

Pas plus que le concubinat, le *matrimonium secundum leges moresque peregrinorum*, et le *contubernium* des esclaves ne donnaient droit à la *bonorum possessio*. Depuis Caracalla, les sujets de l'empire jouissant à peu près tous du droit de cité, le mariage du *jus gentium* avait à peu près disparu. Sous Justinien il perdit, par la suppression des Latin Juniens et des déditices, les rares applications qu'il avait pu conserver. Quant au *contubernium*, que les sévérités de la législation rendaient presque inaccessible aux femmes libres, il ne produit aucun effet légal.

2° *Un mariage nul ne pouvant produire d'effets ne crée aucun droit de succession.* — Lorsqu'une des conditions requises pour l'existence et la validité des *justæ nuptiæ* fait défaut, on ne voit dans l'union des personnes qu'une cohabitation de fait, un simple rapprochement (*coitus*) dépourvu de tout caractère légal et de valeur juridique. Il peut se faire qu'un mariage nul soit susceptible d'être validé, si le fait qui met obstacle à sa validité est susceptible de disparaître; si la nullité vient de l'impuberté

de l'un des conjoints, elle est couverte sans effet rétroactif lorsque le conjoint atteint l'âge de puberté (4, *de Rit. nupt.*); de même le consentement du *paterfamilias* donné postérieurement valide un mariage nul *ab initio* parce que ce consentement faisait défaut (11, *de stat. hom.*, Fr. Vat. § 102), la *bonorum possessio* peut désormais être acquise au conjoint survivant.

On sait que le code civil pour le cas où les deux conjoints sont de bonne foi fait produire à leur union tous les effets civils du mariage; si un seul a contracté le mariage ayant un juste motif d'ignorer l'empêchement qui y mettait obstacle, c'est à son égard seulement qu'il produit ses effets (art. 201 et 202). C'est ce qu'on a appelé la théorie des mariages putatifs. Existait-elle en droit romain? Un rescrit de Marc-Aurèle (57, § 1, *de rit. nupt.*) statuant sur l'état des enfants nés d'un mariage entre un oncle maternel et sa nièce, les déclara *justi* à raison de la bonne foi de leur mère qui avait ignoré la prohibition légale, dans des circonstances très favorables pour elle. Rien ne prouve que cette décision ait été appliquée à tous les cas de mariage incestueux contracté de bonne foi, elle ne dut pas être étendue à des mariages nuls pour des causes autres que l'*inceste*, une constitution de Caracalla en effet refuse la légitimité aux enfants d'un mariage nul, bien que les époux eussent été de bonne foi (3. *Eod. Solut. Matr.*). Nous ne croyons donc pas, contrairement à l'opinion de certains auteurs (Ortolan, Maynz § 323) qu'on ait admis à Rome la théorie du mariage putatif (sic Accarias, I p. 216, note 3). Que les époux aient été de bonne ou de mauvaise foi, le

mariage contracté au mépris d'un empêchement ne produit aucun effet, il n'y a donc jamais lieu à la *bonorum possessio*.

3° *Le divorce entraînant la dissolution du mariage fait cesser le droit de succession ab intestat.* — Après le divorce il n'y a plus de conjoints ; si l'un des anciens époux décède, le survivant ne peut à titre d'époux recueillir sa succession, il ne peut réclamer un droit attaché à une qualité qui a cessé d'exister.

Il n'y a pas à distinguer entre l'époux dont les écarts et l'inconduite ont rendu nécessaire une répudiation et l'époux innocent qui n'a pu trouver de remède que dans cette mesure extrême : ils sont tous les deux privés de toute vocation héréditaire, le lien conjugal, fondement de cette vocation, est rompu pour tous les deux. Dans un cas toutefois, nonobstant le divorce, le mariage semblait encore durer, en ce sens du moins que l'un des époux ne recouvrait pas la liberté de se remarier ; le mariage contracté au mépris de cette prohibition aurait été nul : *cuicumque nupserit pro non nupta habebitur* (11 pr. XXIV, 2). Ce cas est celui d'une affranchie qui ayant épousé son patron a divorcé contre le gré de celui-ci (*invito eo*) ; nonobstant ce divorce elle conserve la qualité d'*uxor* ; mais comme c'est en quelque sorte malgré elle, elle ne mérite aucune faveur ; elle n'aura donc aucun droit à la succession de son mari : C'est ce que décide la loi unique de *Bon. poss., unde vir et ux.* XXXVIII, 11, qui donne la même solution pour le cas où le divorce avait eu lieu sans l'observation des formalités prescrites par la loi *Julia de adulteris* : il fallait à peine de nullité que la volonté de répu-

dier fut exprimée en présence de sept citoyens romains et pubères (9, *de div., de Conc.* XXVI, 7); légalement le divorce n'existait pas si ces formalités avaient été omises; les époux perdaient cependant leur droit réciproque de succession *ab intestat*; pourquoi un titre qui a été volontairement abdiqué continuerait-il à procurer les avantages qui y sont attachés; cette solution est très logique en même temps que très équitable.

Comme tous les droits de succession *ab intestat*, la *bonorum possessio unde vir et uxor* ne pouvait être réclamée par le conjoint qui avait encouru l'indignité; le droit commun était applicable en cette matière; il n'y avait qu'à s'y référer.

Quant aux causes de déchéance spéciales aux conjoints que nous étudierons dans le troisième chapitre, elles ne pourraient ici recevoir leur application; la répudiation empêchait le droit de naître parce qu'il n'y avait plus de conjoints; le convol ne faisait perdre à l'époux remarié le bénéfice des libéralités reçues de son premier époux qu'en faveur des enfants de la première union; or, lorsque le conjoint succédait, il n'y avait évidemment pas d'enfants.

Dans le cas toutefois où la veuve se remariait avant l'expiration de l'année de deuil, elle ne pouvait succéder à son deuxième mari décédé *ab intestat* sans laisser de parents au degré successible; (1. *C. de Sec. Nupt.*). Nous verrons que dans la même hypothèse, elle était déchuë au profit du fisc de tous les avantages que lui avait procurés le premier mariage. (Nov. XXII, c. 22).

§ 3. — A quel rang le conjoint était appelé.

Avant Justinien, disent les Institutes (II. 9, § 16), elle était placée au neuvième rang ; *noni loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat*. Ce prince la fit monter au sixième ; c'est ce que disent encore les Institutes ; il semblerait donc que la situation du conjoint fut améliorée ; il n'en est rien ; la réforme fut plus apparente que réelle ; si le conjoint fut désormais au sixième rang au lieu du neuvième, c'est parce que des rangs intermédiaires furent supprimés ; mais il vint toujours au dernier rang des successibles.

Il faut pour se rendre bien compte de la situation qui lui était faite, distinguer selon que le *de cujus* était un ingénu ou un affranchi.

1^{re} hypothèse. — L'époux précédé né de parents libres, avait toujours été libre. Nouvelle distinction. Était-il devenu *sui juris* sans émancipation, à la mort de son *paterfamilias*, la *bonorum possessio unde vir et uxor* était primée par les *bonorum possessiones unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, accordées par le préteur aux enfants et descendants, restés ou *non in patria potestate*, aux héritiers appelés par le droit civil, et aux simples *cognats* jusqu'au sixième degré ne faisant pas partie de la famille civile (Inst. III § 5).

L'époux survivant n'était appelé qu'à défaut de successibles dans ces divers ordres (Ulp. XXVIII, 7). Rappelons que primitivement si le mariage était accompagné de *con-*

ventio in manum, la *bonorum possessio unde liberi* était accordée à la veuve traitée comme une fille.

Si le *de cuius* était devenu *sui juris* à la suite d'une émancipation, le préteur appelait de préférence au conjoint les personnes auxquelles il donnait les *bonorum possessiones unde liberi, unde legitimi, unde decem personæ, unde cogniti*; la *bonorum possessio unde decem personæ* était dans l'hypothèse où l'émancipation avait eu lieu sans contrat de fiducie, accordée par préférence au *manumissor extraneus* aux dix cognats de l'émancipé dont les Institutes donnent l'énumération (II. 9, § 3). Justinien supprima la *bonorum possessio unde decem personæ* rendue sans application par la constitution qui, en sous-entendant le contrat de fiducie dans toute émancipation, avait fait disparaître le personnage du *manumissor extraneus* (Inst. II, 9, § 4).

2^{me} hypothèse. — Le conjoint prédécédé était un affranchi. — Avant Justinien, le préteur appelait, de préférence à l'époux survivant, les successibles investis du droit de demander les *bonorum possessiones unde liberi, unde legitimi*, pour le patron et ses descendants, *tum quem ex familia* (donnée aux agnats du patron) *unde patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve*, utile pour le patron qui avait perdu à la suite d'une *capitis deminutio* sa vocation à la succession de l'affranchi, pour ses descendants sortis de sa famille depuis l'affranchissement ou n'en ayant jamais fait partie, pour les descendants de la patronne et les ascendants du patron qui ne faisaient pas partie de la même famille civile (Accarias II, 443 7°). Justinien par la suppression de ces deux dernières *bono-*

rum possessiones profitant à des successibles, qu'aucun lien de parenté n'unissait au *de cuius*, améliore bien légèrement la situation du conjoint, qui reste exclu par le patron, ses descendants et ses collatéraux jusqu'au cinquième degré inclusivement (Inst. III, 7, p. 3). Jusqu'à Justinien on appelait après le conjoint de préférence au fisc les plus proches cognats du *manumissor* (Ulp. XXVII, § 7). *La bonorum possessio unde cognati manumissoris* fut supprimée par cet empereur.

On sait qu'en l'année 543 la Nouvelle 118 balayant les derniers vestiges de la rigoureuse législation des XII Tables, en matière de succession, vint fonder le régime successoral sur des bases toutes différentes, l'affection présu-mée du défunt méconnue à l'origine, devenue peu à peu la cause de la vocation héréditaire, en fut désormais l'unique fondement : le nouveau système contrastant par sa simplicité avec celui qui disparaissait, logiquement coordonné, établissait trois ordres d'héritiers : les descendants, les ascendants, les collatéraux. La Nouvelle ne mentionne pas le conjoint survivant ; elle ne règle que la succession des parents, pour laquelle elle efface toutes les différences que la législation du Code et des Institutes avait pu laisser subsister entre la théorie de l'hérédité civile et celle de la *bonorum possessio*. Il est évident qu'elle n'abroge pas la *bonorum possessio unde vir et uxor*.

Dans tous les cas, le conjoint exclut le fisc (*fisco excluso jure antiquo* : Cujas *op.* T. IX, p. 675). Une constitution d'Antonin Caracalla (1 Cod. *de don. int. vir. et ux.* V. 26) pourrait en faire douter ; elle suppose le fisc possesseur de biens en face d'un époux, et justement obligé d'exécu-

ter envers celui-ci une donation faite par le défunt ; toute difficulté disparaît si l'en suppose avec Pothier que l'époux survivant avait refusé ou omis de demander dans le délai utile la *bonorum possessio*, conjecture qu'autorisent les termes dans lesquels l'empereur énonce l'hypothèse où il a à statuer : *si fiscus bona vacantia occupaverit*. Le bon sens d'ailleurs indique qu'il ne pouvait en être autrement ; si l'époux n'avait pas primé le fisc on ne voit pas quand il aurait pu succéder ; car le fisc ne fait jamais défaut ; on ne conçoit guère qu'il refusât puisqu'il n'était pas tenu des dettes *ultra vires*. Il a donc toujours été bien exact de dire : *non vocatur fiscus nisi post conjuges*.

Le conjoint exclue également les enfants naturels, du moins lorsque c'est le père qui a prédécédé étant *intestat*. Telle était la règle que Justinien trouva en vigueur ; mais bien que plus favorable pour ces enfants, il ne leur donna aucun droit si le père laissait une femme légitime (Nov. LXXXIX, c. 12, § 4 et 6). On sait que notre Code préfère au conjoint même les parents naturels.

Il est inutile de rappeler ici les différences qui séparaient le *bonorum possessor* de l'héritier du droit civil : *loco heredis est sed non heres* disait-on en parlant du *bonorum possessor* ; les différences étaient plutôt dans les qualifications que dans la réalité : elles ont du reste disparu sous Justinien, sous lequel la législation successorale revient à l'unité qui avait été son point de départ. La *bonorum possessio* n'a plus besoin d'être demandée au magistrat ; elle s'acquiert par une simple manifestation de volonté ; elle confère la propriété quiritaire la seule reconnue désormais.

C'est la succession tout entière qui à tout époque a été recueillie par le conjoint *bonorum possessor* ; les restrictions apportées par les lois caducaires à la capacité de recevoir entre époux qui avaient depuis longtemps disparu au ^{vi}^e siècle n'avaient été établies que pour les dispositions testamentaires (Boissonade, *op. cit.*, 117).

SECTION II

De la quarte du conjoint pauvre.

La *bonorum possessio unde vir et uxor* permettait, aux conjoints de primer le fisc ; elle était sans utilité pour celui dont la situation n'avait pas été réglée par le prédécédé ; en l'absence de dot, de donation *propter nuptias*, de dispositions entre vifs ou testamentaires, le survivant pouvait se trouver dans une situation très précaire ; pour y remédier, en 537 dans la Novelle LIII. c. 6, insérée au Code (VI. 18), connue dans nos pays de droit écrit sous le nom d'authentique *præterea*, Justinien accorda à l'époux survivant pauvre et non doté la pleine propriété du quart de la succession du prédécédé ; cette faveur fut quatre ans plus tard considérablement restreinte par la Novelle CXVII, c. 5.

Recherchons qui a droit à la quarte, en quoi elle consiste, quelle est sa nature juridique.

§ 1. — *Qui a droit à la quarte.*

Dans la Novelle LIII, l'empereur byzantin ne faisait aucune distinction entre le mari et la femme ; peu importe quel était celui qui avait survécu. L'un et l'autre du reste sont dignes au même degré de l'intérêt du législateur ; aussi à tous les deux il accordait les mêmes droits ; il les avait empruntés à la Novelle XXII c. 28, qui attribuait certains avantages à l'époux innocent ou obligé *de subir un divorce injustifié*. Sans faire connaître les motifs du changement apporté à une institution dont il avait pris l'initiative, Justinien restreignit à la veuve seule un bénéfice d'abord commun aux deux époux ; *maritum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris capere omnibus modis prohibemus*. Sans doute, comme le disaient nos anciens auteurs, la femme est de moindre pourvoyance que l'homme ; le veuvage est pour elle plus pénible que pour le mari (Lebrun *Succ.* I, c. 7, n° 4). On conçoit que lorsqu'elle n'a eu d'autre dot que son mérite, on désire lui éviter un brusque changement de fortune, lorsque son mari était sinon dans l'opulence, du moins dans l'aisance ; il est juste que la mort de celui avec lequel elle a traversé l'existence ne la réduise pas à un abaissement honteux. Mais ces raisons ne militent-elles donc pas aussi en faveur de son mari ? N'est-il pas aussi digne d'intérêt ? Pourquoi rompre au moment du décès une égalité qui est de l'essence du mariage. Nos pays de droit écrit plus

logiques avaient rejeté la Novelle CXVII et avaient refusé d'admettre une interprétation qui détruisait le principe de réciprocité admis en 537 et traitait le mari survivant moins bien que le mari injustement répudié. Le sens même du texte invoqué contre le mari lui est plutôt favorable, disaient les auteurs qui soutenaient ses droits (Despeisses I, 305, Boucher d'Argis ch. XIII) ; s'il restreignait à la femme le droit à la quarte au lieu de l'expression *maritum enim*, il emploierait la particule *autem* ou autre semblable. La pensée du rédacteur devient plus évidente encore si on rapproche la disposition finale qui nous occupe de celles qui la précèdent. Après avoir déterminé les cas dans lesquels la femme ne pourrait réclamer qu'un droit d'usufruit il applique au mari les mêmes règles ; on lui refuse dans les mêmes cas (*in ejus modi casibus*) la quarte *in substantia* ; donc l'usufruit lui est laissé (Richeri *Inst.*, n° 1637 à 1649). Il est de principe d'ailleurs que l'abrogation d'un droit conféré par une loi formelle ne peut résulter d'une induction ; or, il faut ici raisonner par induction pour arriver à enlever au mari le droit à la quarte. La jurisprudence des parlements de nos provinces qui suivaient le droit romain était formelle en ce sens, ainsi que cela résulte de nombreux arrêts, notamment d'un arrêt du Parlement de Toulouse du 27 août 1764.

Plusieurs conditions devaient se trouver réunies pour que la femme puisse réclamer la quarte ; elle devait être pauvre et non dotée ; il fallait de plus que le mari prédécédé fut riche et n'ait pas fait de donation nuptiale. La veuve dotée, soit par elle-même soit par ses ascendants,

soit par un tiers, parent ou non, n'avait aucun droit à la quarte, alors même que sa dot avait été dissipée.

Comment fallait-il entendre la condition de pauvreté ? Justinien semble avoir pris le mot pauvre dans son acceptation la plus rigoureuse, et avoir exigé que pour avoir droit à la quarte, la femme soit dans une extrême pauvreté ; si elle est simplement pauvre elle n'a aucune condition : *nihil habere valentes labore et inopia* ; telles sont les expressions énergiques qui expriment la condition de pauvreté ; on peut cependant estimer pauvre, la veuve qui n'a pas ce qui est nécessaire pour vivre selon son état. Au surplus c'était une question de fait laissée à l'appréciation du juge qui devait surtout avoir égard à la position sociale des époux.

Les dispositions concernant la quarte, de même du reste que toutes les dispositions concernant les successions ne pouvaient être invoquées que par les femmes catholiques ; c'est un reste d'intolérance à l'égard des hérétiques, qui n'avait pas pour unique but le salut des âmes (Nov. CXV, c. 3, § 14). Au surplus toutes les conditions déjà indiquées pour l'acquisition de la *bonorum possessio* recevaient ici leur application ; les mêmes principes régissaient les deux matières.

§ 2. — *En quoi elle consiste — Sa quotité.*

La Novelle LIII attribuait à la femme un quart du patrimoine du mari en pleine propriété, lors même qu'elle concourait avec des enfants. Pour le cas où il y avait plus

de trois enfants issus du mariage, à s'en tenir à la lettre du texte, la Novelle CXVII ne lui accorda plus qu'une part d'enfant, en usufruit seulement; plusieurs enfants issus d'un fils ou d'une fille prédécédés ne comptent que pour l'enfant qu'ils représentent; seul le nombre de descendants du premier degré doit être pris en considération pour déterminer la quotité de la quarte (Arndtz Pandek. Leh., § 481, note 2); il serait peu raisonnable que le prédécès d'un enfant nuisit à la veuve. Justinien n'attribue d'une manière générale à chaque souche de petits-enfant que la part qu'aurait eue leur auteur prédécédé. Lorsque le mari ne laisse pas d'enfants ou descendants c'est un droit de propriété portant sur le quart de son patrimoine qui est reconnu à la veuve. Une limitation est toutefois apportée à l'étendue de ce droit, il ne peut dépasser 100 *aurei*, alors même que la fortune du mari serait supérieure à 400 (Nov. CXVII, c. 5), quelle que soit la qualité des héritiers avec lesquels la femme concourt (Maynz, § 378, note 5).

Léon le Philosophe rendit dans tous les cas à la quarte, son ancien caractère, en décidant que la veuve l'aurait toujours en pleine propriété, alors même qu'elle se trouverait en présence d'enfants; elle peut en disposer à son gré; son droit n'est plus limité; il redevint aussi absolu qu'à l'origine; les enfants ne deviendront propriétaires que s'ils lui succèdent et si la quarte existe encore dans sa succession, elle n'est tenue envers eux d'aucune obligation.

Nous avons maintenant à rechercher quel est le véritable caractère du droit de la veuve. Les anciens auteurs

s'appuyant sur les termes mêmes de la Novelle CXVII, c. 5, étaient unanimes pour admettre qu'elle n'en avait que l'usufruit si elle concourait avec des enfants communs. Des auteurs allemands ont essayé de soutenir une opinion différente; ils invoquent un rescrit de Théodose et Valentinien (8 § 7 *Cod. de rep.*) relatif aux droits de la femme injustement répudiée. Justinien, dit-on, n'a fait que reproduire dans sa Novelle, le système de ce rescrit, c'est donc d'après lui qu'on doit interpréter la théorie de la quarte concédée à la veuve; or, il résulte de la constitution précitée que la femme répudiée peut disposer par testament de la portion qu'elle recueille dans le patrimoine de son mari, en faveur de l'un quelconque de ses enfants; cette faculté implique que son droit ne consiste pas dans une simple jouissance; tant qu'elle vit, le droit des enfants sur la quarte est incertain; sans doute elle doit leur laisser sa part, et c'est en ce sens qu'il est vrai de dire qu'elle n'a qu'un usufruit; mais cette part, elle peut la distribuer entre eux comme elle l'entend; si l'un d'eux prédécède, ses héritiers n'ont aucun droit sur la quote part qui lui revenait dans la quarte; ce serait inadmissible si les enfants étaient nu-propriétaires, investis dès à présent d'un droit certain; cette nue-proprieté serait comme tous leurs autres biens transmissibles à leurs héritiers. La veuve ne serait donc tenue que de l'obligation de conserver sa part pour ses enfants; si tous prédécèdent, son droit de disposition deviendrait illimité.

Il est à remarquer, ajoutent les partisans de cette opinion, que la Novelle CVI de Léon le Philosophe interprète en ce sens la Novelle CXVII, c. 5 de Justinien. Ce système

ne saurait être accepté en présence d'un texte aussi clair que celui de la Novelle qui organise le droit de la veuve, et de la déclaration de Justinien annonçant lui-même qu'il se propose de réformer la législation existante (1). Une simple relation historique ne peut autoriser à étendre à la veuve, une solution donnée pour le cas de répudiation. Si Justinien avait voulu reconnaître à la veuve la faculté de disposer de la pleine propriété au profit de l'un de ses enfants, il s'en serait formellement expliqué, on ne peut faire implicitement découler cette faculté d'une constitution bien antérieure, étrangère à notre matière. Il n'y a rien d'étonnant d'ailleurs à ce que l'empereur grec n'accorde à la veuve qu'un droit d'usufruit ; cette théorie est conforme à celle des biens adventices dont l'enfant n'a que la nue-propriété tandis que l'administration et la jouissance étaient réservées au père, pour le tout, tant que l'enfant était en puissance, pour moitié après son émancipation, sous Justinien, (6, § 3; *de bon. que lib.* VI. 61); elle est également conforme à la réforme introduite par la Novelle LXXXVIII c. 1, dans la condition des *lucra nuptialia*, qui n'appartinrent qu'en usufruit à l'époux survivant. Pourquoi aurait-on réglé différemment le droit successoral de la veuve ?

La Novelle ne tranche pas la difficulté que peut soulever le concours de la veuve avec des enfants que le mari aurait d'un premier lit, ou avec des enfants communs et des enfants d'une précédente union.

a) Elle concourt avec des enfants que le mari avait d'un

1. *In præsenti melius utramque legem disponentes sancimus.*

précédent mariage. — Nous verrons plus loin que le mari ne pouvait dans ce cas disposer en faveur de sa deuxième épouse que d'une part d'enfant le moins prenant, et devait conserver aux enfants qu'il avait au jour du convol les avantages et gains de survie venant de sa première épouse. Sa deuxième épouse devenue veuve ne peut avoir de droits que sur ses biens personnels, et ces droits sont limités : nous croyons qu'il en est ainsi pour les droits légaux comme pour les droits conventionnels ; les règles applicables à ces derniers, soit quant aux biens sur lesquels ils peuvent s'exercer, soit quant à leur quotité le sont à la quarte. Mais cette quarte va-t-elle consister en un droit de pleine propriété ou en une simple jouissance ? On a pensé que lorsque la veuve concourt avec des enfants communs, il était excessif de lui donner sa *quarte* en propriété ; à plus forte raison doit-il en être de même dans l'hypothèse qui nous occupe. Il importe, pour sauvegarder les intérêts des enfants du premier lit, de n'accorder qu'un droit viager à une belle-mère dont ils ne sont pas les héritiers ; l'attribution de la propriété leur ferait perdre définitivement les biens mis dans le lot de l'épouse. On ne l'a pas voulu, et c'était moins à craindre cependant lorsqu'il s'agit d'enfants communs ; les enfants du premier mariage seraient-ils donc moins dignes de sollicitude ? On pourrait le croire si l'on interprète la nouvelle à la lettre ; il résulterait en effet de ses termes « *nisi autem liberos ex ea non habent* », que dans tous les autres cas, la veuve prend sa quarte en pleine propriété. Mais une telle solution serait en complet désaccord avec l'esprit de la législation du bas empire, qui s'est, nous le ver-

rons, très préoccupé des intérêts des enfants du premier lit. Comment admettre que cette législation si favorable à ces enfants ait sur ce point consacré une véritable injustice? La nouvelle n'a pas prévu notre hypothèse; c'est à l'esprit de la loi qu'il faut demander la solution; elle pas douteuse; les enfants du premier lit doivent être assimilés aux enfants communs: ils sont nu-propriétaires des biens dont la veuve a l'usufruit.

*Il en est de même, si le concours s'établit à la fois entre la veuve et des enfants communs et des enfants d'une précédente union; on les comptera tous pour fixer la quotité de la quarte: ils s'en partageront tous la nue-propriété proportionnellement à leur part héréditaire; toute autre solution aurait le grave inconvénient de n'accorder aux enfants du premier lit dans le patrimoine de leur père qu'une part *ab intestat* inférieure à celle qu'y prennent les enfants communs; nous ne voyons pas comment on pourrait justifier le droit exclusif de ces derniers; le texte de la nouvelle ne saurait-être invoqué par les partisans de cette opinion; elle ne dit pas du tout que seuls les enfants communs auront la nue-propriété de la quarte, que cette nue-propriété ne pourra en aucun cas être attribuée à d'autres qu'à eux; sinon elle consacrerait une inégalité choquante qui n'était certainement pas dans l'esprit des rédacteurs, et conduirait à ce résultat vraiment singulier et en complet désaccord avec la législation que l'existence d'enfants d'un premier mariage améliorerait la situation des enfants communs, et leur procurerait des droits plus considérables; on en tiendrait compte pour diminuer la quotité du droit de la veuve,*

leurs frères et sœurs consanguins bénéficieraient seuls de cette réduction !

On a proposé un système intermédiaire ; la veuve aurait la propriété de sa part en tant qu'elle concourt avec des enfants d'un lit précédent, l'usufruit seulement en tant qu'elle concourt avec des enfants communs ; ce troisième système donne du moins à tous les enfants des droits égaux dans la succession de leur père ; si les enfants communs ont plus tard la propriété de la quarte, qui pour partie ne leur est pas attribuée immédiatement c'est en qualité d'héritiers de leur mère. Mais la distinction qu'il fait nous semble très arbitraire ; rien ne la justifie ; pourquoi traiter différemment les enfants communs et les enfants du premier lit ?

§ 3. — *Sa nature juridique.*

C'est le dernier point qui nous reste à examiner. En quelle qualité la veuve prend-elle sa quarte ? à titre d'héritière ou comme créancière : constitue-t-elle un droit de succession ou de créance contre la succession ? Si le mari la lui a laissée par disposition de dernière volonté, il ne saurait y avoir de doute : elle sera selon les cas héritière, donataire ou légataire. Mais en l'absence de toute disposition et lorsqu'elle vient à la succession *ab intestat* quel est le droit qu'elle invoque ?

Montrons tout d'abord l'intérêt de la question. Est-ce un droit de succession qui lui est donné, comme nous allons bientôt le démontrer, elle doit manifester sa volonté

de l'acquérir et comme tout héritier externe faire adition; elle n'a rien acquis et ne peut rien transmettre à ses héritiers avant d'avoir fait adition *hereditas non adita non transmittitur*. La pauvreté étant la condition fondamentale de son droit, devra durer jusqu'au jour où ce droit se fixe définitivement sur sa tête, lui est acquis irrévocablement : il ne suffit donc pas qu'elle soit pauvre au moment où s'opère la délation de l'hérédité, au décès du mari ; elle devra l'être aussi quand elle fera adition. Héritière, elle jouit comme tous les héritiers du *jus accrescendi*, si pour un motif quelconque l'un de ses cohéritiers ne recueille pas sa part, avec cette restriction toutefois qu'elle ne pourra jamais obtenir plus du quart de la succession ou de 100 *aurei* ; ce *jus accrescendi* ne lui sera donc utile que si elle concourt avec des enfants. Il ne peut en être question si elle n'a qu'un droit de créance. Héritière elle a pour faire valoir son droit la pétition d'hérédité contre ses cohéritiers et tout possesseur de biens héréditaires : simple créancière elle devrait se contenter d'une *condictio ex lege* action toute personnelle, moins avantageuse que la pétition d'hérédité.

Les conséquences des deux théories en présence étant connues, recherchons quelle est celle qui doit être adoptée.

Nous croyons que c'est un véritable droit de succession *ab intestat* que Justinien a donné à la veuve pauvre ; la Nouvelle LIII, c. 6, § 1, qualifie d'héritier le conjoint survivant qui réunit les conditions exigées pour pouvoir réclamer la quarte : *secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstitit*. Le législateur tire lui-même une

conséquence du principe qu'il adopte ; la preuve est tenue de supporter dans le passif une part contributoire proportionnelle à celle qu'elle recueille dans l'actif. On objecte que le passage de la novelle que nous invoquons à l'appui de notre opinion n'a pas le sens que nous lui attribuons ; la solution qu'il donne ne découlerait pas du principe que la veuve est héritière ; on a trouvé, dit-on, qu'il était juste de la faire contribuer au paiement des dettes parce qu'elle diminue le droit des héritiers *ab intestat* ; la novelle renferme simplement une disposition équitable, rien de plus ; nous ne nions pas qu'il n'y ait là une mesure d'équité ; mais c'est une conséquence de la qualité d'héritier.

En supposant que par inadvertance la novelle ait considéré la femme comme héritière, tout démontre qu'elle s'est trompée, ajoutent nos adversaires. La Novelle CXVII, c. 5, en effet assimile à la veuve à la femme répudiée sans cause : elle leur donne des droits identiques, qui doivent donc avoir les mêmes caractères, être de la même nature. Or, il est certain que la femme répudiée ne peut se dire héritière de son mari encore vivant ; la mort seule entraîne l'ouverture de sa succession ; elle ne peut donc réclamer sa quarte que par une action personnelle ; de plus la novelle oppose très nettement la situation de la veuve et celle des enfants ; elle dit que ces derniers sont héritiers ; quant à la femme, elle doit recevoir une quote-part du patrimoine de son mari ; c'est donc que leur droit n'est pas de même nature. Nous admettons que la femme répudiée ne peut invoquer qu'un droit de créance ; en résulte-t-il nécessairement que la veuve n'est que créan-

cière. Le législateur a pensé qu'il était aussi juste de secourir la veuve que la femme répudiée sans cause sérieuse ; il fait un rapprochement entre les deux situations ; il établit une certaine analogie ; analogie ne veut pas dire identité ; il était impossible de donner à la femme répudiée un droit de succession ; c'est pour cela qu'il ne l'a pas fait ; cette impossibilité juridique ne se retrouve plus dans notre hypothèse. Cette opposition qu'on signale entre la qualité des enfants et de la veuve qui concourt avec eux existe-t-elle réellement ? Les expressions dont se sert le texte semblent bien reconnaître à la veuve la qualité d'héritier ; son droit lui est donné directement ; elle n'a pas besoin de s'adresser aux héritiers ; ce qui serait nécessaire si elle n'était que créancière ; *uxor quartam partem substantiæ viri capiat*.

Un droit héréditaire, dit-on, ne peut consister en une simple jouissance ; il y a incomptabilité entre les qualités d'héritier et d'usufruitier. C'est ce qu'il faudrait démontrer ; on peut faire un legs d'usufruit ; nous ne voyons pas pourquoi l'usufruit ne pouvait se transmettre par succession *ab intestat*.

On invoque enfin une prétendue analogie entre la quarte de la veuve et celle qu'Antonin le Pieux accorda sur les biens de l'adrogéant à l'adrogé impubère exhéredé ou émancipé *sine justa causa* ; il ne peut y avoir d'analogie que quant à la quotité du droit et encore pas toujours ; en admettant qu'il y ait analogie l'argument se retournerait contre ceux qui le présentent : la quarte antonine en effet est une portion de la succession *ab intestat* ; l'adrogé la prend en qualité d'héritier, alors même qu'on lui contesterait cette

qualité on est bien forcé de reconnaître qu'il fait valoir son droit, non par une action personnelle, mais par une action donnée aux cohéritiers, l'action *familice erciscundæ* (L. § I. *Fam. erc.* X 2).

Nous pensons donc que la veuve a réellement un droit de succession *ab intestat*, cela alors même qu'elle ne peut réclamer que la somme de 100 *aurei* ; car on peut n'être héritier que sur certains biens.

Elle doit imputer sur sa part héréditaire les libéralités entre-vifs ou testamentaires qui ont pu lui être faites par son mari ; ce qui suppose qu'elle a droit à la quarte non seulement lorsque le mari décède *intestat*, mais même lorsqu'il a fait un testament. Elle n'est cependant pas à proprement parler légitimaire, l'existence d'un gain de survie au profit de la femme ne pouvait apporter aucun obstacle au droit qu'avait le mari prémourant de disposer de son hérédité ; si donc elle n'est pas instituée elle n'a pas contre les héritiers testamentaires la *querela inofficiosi testamenti* qui fait tomber le testament : tout ce que la loi lui accorde c'est si le mari ne lui a pas laissé sa quarte intacte le droit d'exiger qu'on la lui complète (Nov. LIII, 6), elle prend le quart de tous les biens, même de ceux qui sont compris dans l'institution. Mais elle n'a pas le droit de poursuivre la délivrance ou le complément de sa quarte contre les donataires entre vifs : aucune disposition légale ne le lui permettait, il résulte en effet des termes de la novelle *substantice ejus* que c'est sur le patrimoine du mari telle qu'il se composait au jour du décès qu'elle a sa quarte.

La jurisprudence de nos pays de droit écrit emprunta à

législation de Justinien l'institution de la quarte, qu'elle donna au survivant des époux quel qu'il soit, ou en était revenu à la disposition plus équitable de la novelle LIII : quelques coutumes avaient adopté des dispositions assez semblables à celles de l'authentique *præterea* qui fut comprise dans l'abolition générale des droits de survie prononcée par la loi de nivôse an II.

CHAPITRE II

GAINS DE SURVIE CONVENTIONNELS OU RÉSULTANT DE LA VOLONTÉ DE L'ÉPOUX PRÉMOURANT.

Le droit de succession *ab intestat* reconnu au conjoint devait être tellement rare qu'il ne constituait pas un bien grand avantage : l'institution de la quarte, qu'on eut le tort de restreindre à la femme pauvre et sans dot était loin de suffire à tous les besoins. Aussi, les conjoints devaient-ils songer eux-mêmes à régler la situation de celui qui aurait la douleur de survivre. Ces règlements étaient fréquents ; soit avant, soit pendant le mariage, les époux avaient le soin de se faire mutuellement ou non les libéralités qu'ils croyaient utiles.

Plusieurs modes s'offraient à eux ; à l'époque où nous nous plaçons on pouvait en faveur du mari convenir qu'il conserverait en cas de survie la dot apportée par la femme ; en faveur de la femme insérer la même clause dans la donation *propter nuptias*. Les donations entre vifs supposaient pour être valables la survie du donataire au donateur ; les donations *mortis causa*, les institutions d'héritier, les legs, les fideicommiss, étaient permises aux conjoints comme à toute autre personne ; c'était en principe les règles de droit commun qui leur étaient applicables.

Nous traiterons successivement de l'attribution de la dot au mari survivant, de la donation *propter nuptias* faite en faveur de la femme, enfin de libéralités entre-vifs ou testamentaires, n'envisageant ces diverses institutions qu'au point de vue des droits de survie.

SECTION I

Attribution de la dot au mari survivant.

Suivant un usage qui paraît remonter à l'origine de Rome, le mariage implique toujours une constitution de dot de la part de la femme ; il est naturel et juste qu'elle contribue pour une certaine part aux dépenses du ménage, aux frais de l'entretien et de l'éducation des enfants ; elle apporte dans ce but une certaine somme qui est la dot ; à l'origine elle était appelée *sponsa* ; le mot *dos* est vraisemblablement d'origine grecque, dit Festus. La dot était le caractère de l'union légitime, distinguait l'épouse de la concubine. Une loi d'Auguste généralisée par un sénatusconsulte de Septime Sévère impose au père l'obligation de constituer à sa fille une dot convenable, conséquence naturelle de la transmission au mari de l'obligation de la nourrir. La mère sauf dans quelques cas exceptionnels, n'est pas tenue de constituer une dot.

Dans le principe la dot était acquise au mari aussi complètement et aussi irrévocablement que le patrimoine entier de la femme pouvait l'être par l'effet de la *manus*, ce qui permet de supposer que même dans le régime de la *manus* les biens de la femme constituaient une dot,

supposition justifié par des passages de Cicéron (Top. IV) et de Paul (Fr. Vat., § 115).

Le mari conservait toujours la dot, s'il précédait, ses héritiers avaient sur elle les mêmes droits : sa destination est perpétuelle : *dotis causa perpetua est*, disait Paul (Dig. 4, *de jur. dot.*, XXIII, 3). Si elle avait due être restituée, les enfants n'auraient eu aucun droit sur les biens qui la composaient puisqu'ils ne succédaient pas à leur mère ; le principe de la perpétuité cessa d'être nécessaire lorsque le sénatusconsulte Orphitien vint donner aux enfants des droits héréditaires sur les biens de la mère, leur intérêt n'empêchait plus la restitution de la dot. Ce n'est cependant pas ce motif qui fit introduire l'action *rei uxoriæ*, qui existait depuis longtemps lorsque fut rendu le sénatusconsulte ; elle eut pour cause la fréquence des divorces, signalée par Sénèque (*de benef.* III, 16). Nous n'avons pas à examiner ici les diverses opinions qui ont été soutenues sur son origine.

Il est probable que la crainte de voir le divorce briser bientôt le mariage et le dépouiller dut engager la femme à stipuler avant la célébration la restitution de sa dot pour le cas où l'évènement qu'elle redoutait viendrait à se produire (Dig. 4. *de jur. dot.*) ; le préteur sous entendit ce pacte ; l'action *rei uxoriæ* apparut alors comme une création du droit honoraire, de l'équité. L'intérêt de l'état qui avait fait rendre les lois caducaires, intérêt que signale le jurisconsulte Paul dans un texte célèbre (Dig. 2 *de jur. dot.*), fit pour faciliter les seconds mariages étendre aux veuves, le bénéfice de l'action *rei uxoriæ*. Il aurait d'ailleurs été injuste de laisser à des agnats éloi-

gnés la dot dont la veuve avait peut-être un urgent besoin. Les femmes injustement répudiées et les veuves cessaient d'avoir droit à la restitution de leur dot si des pactes contraires étaient intervenus; elles devaient de plus subir certaines rétentions. Cette restitution ne constituait pas un gain de survie, puisque la femme ne faisait que reprendre ce qu'elle avait apporté. Il en était différemment lorsque le mariage étant dissous par le prédécès de la femme, la dot était attribuée au mari survivant; jusqu'à Justinien c'était de plein droit, *ipsa vi legis* que dans certains cas le mari conservait la dot, il y avait pour lui gain de survie, tantôt légal, tantôt conventionnel. Justinien décida que la stipulation de restitution serait entendue dans toute constitution de dot (*ex hac lege inesse stipulatio intelligitur*). Le mari ne peut donc la conserver qu'en vertu d'une convention expresse (L. *uniq. Cod. de Rei U. V.* 13). Ce gain de la dot est toujours conventionnel. Quelle que soit la personne par laquelle elle a été constituée, que ce soit le père ou un ascendant paternel, la femme, son débiteur, des tiers, parents ou non, on applique désormais les règles auxquelles était soumise la dot réceptice, celle dont jusqu'alors le mari promettait la restitution; lorsque le constituant était un étranger ou un parent autre qu'un ascendant paternel en mâle, la restitution n'était due par le mari survivant qu'autant qu'une stipulation ou tout au moins un pacte (1 *Cod. de Pact. Conv.* V, 14) lui imposait cette obligation; la règle est renversée; la restitution est de droit sauf convention contraire. Plus de distinctions à faire entre la dot profectice qui en cas de prédécès de la femme revenait au père

solatii loco, sauf le droit pour le mari de retenir $\frac{1}{5}$ par enfant *usque ad infinitum*; la dote adventice qui restait toujours la propriété du mari (Ulp. VI, 6), à moins d'une stipulation expressément contraire, auquel cas elle prenait le nom de dot réceptice, qui semble avoir été négligé par les jurisconsultes.

Nous rechercherons à quelles conditions le mari gagne la dot, comment il exerce son droit.

1° Toutes les distinctions jadis admises sont supprimées; le mari ne tire son droit que d'une convention formelle. Cette innovation jointe au développement de la donation *propter nuptias* a définitivement et complètement établi le principe de l'égalité entre époux.

Il est permis de supposer que les pactes attribuant la dot au mari survivant étaient fréquents; leur utilité est évidente; cette attribution était juste lorsqu'il y avait des enfants du mariage, dont l'éducation restait à la charge du mari; elle l'était tout autant si la femme ne laissait pour héritiers que des collatéraux. La dispense de restitution pouvait porter sur la dot tout entière ou seulement sur une partie; on stipulait souvent que le mari aurait droit à toute la dot s'il y avait des enfants, à une portion s'il n'y en avait pas (30 *de pact. dot*); l'avantage assuré au mari était vu avec faveur; lorsqu'il était subordonné à la condition qu'il y aurait des enfants nés du mariage, il lui appartenait alors même que ces enfants étaient prédécédés, pourvu qu'ils aient laissé des descendants.

On sait qu'une très grande liberté était donnée aux époux pour le règlement de leurs conventions matrimo-

niales ; elles pouvaient être faites ou modifiées durant le mariage ; jouissaient-ils de cette liberté lorsqu'il s'agissait de déterminer ce que deviendrait la dot à la dissolution de leur union ? Le pacte organisant le gain de survie au profit du mari pouvait précéder la célébration du mariage ; pouvait-il intervenir lorsqu'elle avait eu lieu ? On prohibait alors les changements qui auraient rendu moins avantageuse la situation de la femme et auraient altéré son droit de reprise, fût-ce quant au temps où elle pourrait l'exercer, ou à la responsabilité du mari ; la dispense de restituer la dot anéantissait le droit de reprise ; nous ne pensons pas qu'elle pût être stipulée au cours du mariage ; c'est du moins ce qui semble ressortir de la loi 1 *de Pact. dot.* La femme qui dispensait le mari de restituer la dot lui faisait en réalité une donation.

Il arrivait souvent que la dot était augmentée durant le mariage. Cette augmentation était sauf stipulation contraire, soumise à la même condition que la dot elle-même ; le mari qui avait le droit de conserver la dot conservait aussi les valeurs qui y avaient été ajoutées.

Lorsque c'est un tiers qui dote la femme il peut mettre à sa libéralité telle condition que bon lui semble pourvu qu'elle soit licite ; sans avoir besoin du consentement de la donataire, il peut donc dispenser le mari de la restitution même à l'insu de la femme (20, § 1, *de Pact. dot.*) tant que la donation n'est pas parfaite.

Lorsque les conventions matrimoniales étaient muettes et ne dérogeaient pas expressément au principe posé par Justinien les héritiers du mari prédécédé étaient obligés de restituer la dot à la femme survivante, cette obligation

était également imposée au mari survivant envers les héritiers son épouse; une action unique, appelée action *de dote*, remplace à notre époque les deux actions, plus ou moins avantageuses l'une que l'autre suivant le point de vue auquel on se plaçait, qui jusqu'alors permettaient d'obtenir la restitution de la dot : l'étude de cette action fortifiée par des garanties qu'il est permis de trouver excessives et qui, on l'a dit avec raison, privait de tout crédit les hommes mariés, est en dehors de notre programme; nous nous bornerons à rappeler que l'édit *de alterutro* que faisait écarter la nature rigoureuse de l'action *ex stipulatu*, et qui lorsque la restitution de la dot n'a pas été stipulée au moment de la constitution obligeait la femme à opter entre l'action *rei uxoriæ* et le legs de sa dot qui a pu lui être fait pour son mari est abrogé; à moins cependant que ce legs ne lui ait laissé comme équivalent de sa dot (*Cod. L. unic. § 3 et 8; de R. U. V. 13*). Nous reviendrons sur ce point lorsque nous parlerons du legs de la dot.

La restitution n'était dûe par le mari et ne pouvait être réclamée par la femme qu'à la dissolution du mariage; une restitution anticipée aurait constitué une libéralité tombant sous le coup de la prohibition des donations entre-vifs on a contesté; que ce fut là le motif de cette disposition; si on y avait vu une libéralité on l'aurait soumise à toutes les règles qui régissaient les libéralités: elle aurait donc été confirmée par le prédécès du mari; or il n'en est rien. Les héritiers du mari prémourant pouvaient répéter les fruits et intérêts de la dot prématurément restituée (1, § 3 *de dot prælieg*. La vraie raison de notre règle est la nécessité de laisser la dot inaliénable

et de lui maintenir sa destination; on craignait que la femme ne dissipât les biens qui lui auraient été intempestivement restitués (Pellat, dot, p. 366 et 367). Justinien déclare inaliénables entre les mains de la femme les valeurs dotales quelles qu'elles soient dont elle a obtenu la restitution dans les cas exceptionnels où elle est possible (29, Cod. de Jur. dot V. 12. nov. LXXXXVII c. 6. p.); l'ancienne règle aurait pu dès lors disparaître

La restitution pouvait quelquefois être exigée par la femme avant la dissolution du mariage et offerte par le mari. S'il dissipe la dot, est réduit à la misère, administre mal sa fortune, en un mot si son insolvabilité menace de rendre plus tard la restitution impossible, la femme a le droit de l'obtenir durant le mariage; on peut voir dans cette faculté l'origine de la séparation de biens; cette restitution peut être exigée, alors même qu'un pacte exprès attribuerait la dot au mari survivant; il n'a en effet qu'un droit conditionnel: la femme a un droit égal; elle doit être protégée. Le mari peut s'il le désire et sans que la femme puisse l'y contraindre, restituer la dot avant la dissolution du mariage, pour que la femme pourvoie elle-même à ses besoins personnels et à ceux de ses esclaves (73 de jur. dot), qu'elle paye ses dettes, en supposant qu'elle n'a pas de paraphernaux, ou qu'il y a intérêt à aliéner les biens dotaux plutôt que les paraphernaux (20. Solut. Matr.). qu'elle achète un fonds, vienne en aide ou rachète de captivité certains parents; il n'est pas nécessaire pour la validité de la restitution que la dot reçoive l'emploi en vue duquel elle a été restituée, le mari qui en restituant n'avait aucune raison de croire que cet emploi n'au-

rait pas lieu est définitivement libéré ; il ne doit pas souffrir de la faute de la femme. Lorsqu'il restitue la dot alors qu'il aurait le droit de la conserver en cas de survie, il renonce à ce droit ; cette renonciation constitue une libéralité à laquelle on appliquerait les règles des donations entre époux. Une restitution anticipée en dehors des cas où elle est autorisée ne serait pas valable ; le mari pourrait donc être contraint de payer une deuxième fois la valeur de la dot ; il aurait fait à la femme une donation égale à cette valeur ; cette donation était nulle ; il n'aurait donc pas besoin d'une *condictio* pour anéantir les résultats de la tradition ou de la remise qu'il a pu faire.

En effet, la tradition ne l'a pas dépouillé de sa propriété, en faisant à la femme remise du paiement de la dot, il n'a pas cessé d'être créancier. Il y a nullité non seulement pour le capital, mais même pour les fruits et intérêts, bien qu'en règle générale on admette la validité des donations entre époux qui ne portent que sur les fruits ; le mari peut donc les répéter jusqu'à concurrence de la quantité dont la femme s'est enrichie (20 *Cod. de jur. dot.* 8, *C. de don. int. vir.* V. 16). 21, § I, *de don. int. vir.* Au cas de survie il aurait le droit de conserver la dot ; il pourrait donc s'il l'a restituée la réclamer aux héritiers de la femme, le prédécès de la donataire laissant définitivement nulle cette restitution.

Le mari pour conserver la dot doit avoir survécu ; il n'y a pas de difficultés lorsque les époux meurent successivement ; mais il peut arriver qu'ils perdent la vie dans le même événement ; dans cette hypothèse les héritiers

du mari auquel la dot est attribuée s'il survit pouvaient-ils la conserver ? Etaient-ils tenus au contraire de la restituer aux héritiers de la femme ? Ou bien y avait-il des présomptions légales de survie auxquelles on se référait pour déterminer lequel des époux serait réputé avoir survécu. Les principes généraux et les textes (8, 16, *de reb. dub.* XXXIV, 5) conduiraient en pareil cas à admettre qu'il n'y a jamais eu espérance d'un gain de survie et que la dot doit en conséquence être restituée aux héritiers de la femme. Un texte cependant repousse cette solution ; c'est la loi 32, 1 *de relig. et sumpt.* XI, 7, dans laquelle Paul se demande si lorsque les conjoints sont décidés simultanément le patrimoine du mari contribuera aux frais funéraires et d'obsèques de la femme, il décide qu'il y aura lieu à l'action *funeraria* contre les héritiers du mari en proportion de la dot ; il l'a donc gagnée. Il n'y a aucune contradiction entre ce texte et ceux qui posent les principes régissant les gains de survie ; on conçoit qu'on donne une solution différente lorsqu'il s'agit du gain de la dot ; si les héritiers du mari la conservent lorsqu'il est impossible de prouver le prédécès de l'un des époux c'est parce qu'elle était la propriété de leur auteur, et il était propriétaire sous condition résolutoire, non sous condition suspensive ; pour triompher dans leur action en restitution intentée contre les héritiers du mari, les successeurs de la femme devraient comme tout demandeur établir le bien fondé de leur réclamation, c'est-à-dire, apporter la preuve du prédécès du mari, ce que par hypothèse ils ne peuvent faire. Il serait donc plus exact de dire en général que la femme qui précède perd le

droit de recouvrer sa dot que de dire que le mari qui survit l'acquiert.

Le mari survivant ne peut exercer le droit de rétention stipulé en sa faveur qu'autant qu'il n'en est pas déchu, ou ne s'en est pas rendu indigne; si son inconduite a motivé la répudiation signifiée par la femme, s'il l'a injustement répudiée, il est déchu de son gain de survie. Il en est de même s'il a donné la mort à sa femme (10. 1 *Solutio Matr.*, XXIV. 3) même surprise en flagrant délit d'adultère; c'est une application du principe qu'une condition est réputée accomplie lorsque c'est celui qui avait intérêt à sa défaillance qui en a empêché l'accomplissement, et qu'elle est présumée défaillie lorsque celui qui ne devait profiter que d'un accomplissement casuel l'a fait accomplir par des moyens purement potestatifs, (85, 7 *de Verb. oblig.* XLV, 1: 24 *de cond. et dem.* XXXV, 1). Le convol faisait perdre au mari survivant la nue propriété de tous les *lucra nuptialia*; la dot qu'il avait conservé y était comprise: il devait en laisser la nue-propriété aux enfants du premier lit: d'après la nouvelle LXXXVIII il n'eut droit en présence d'enfants qu'à la jouissance des gains de survie: cette solution fut bientôt modifiée par la nouvelle CXXVII, c. 3. qui lui permit de prendre en pleine propriété une part d'enfant, et lui donna l'usufruit du surplus. Un second mariage lui enlevait la nue-propriété de cette part virile. La femme remariée ne pouvait donner en dot à son nouvel époux qu'une part d'enfant le moins prenant (6 pr. *Cod. V.* 9).

2° Le plus souvent le mari se borne à conserver les biens dont il est détenteur et dont la tradition lui a été

faite par le constituant. S'il n'est pas entré en possession, si les biens compris dans la constitution de dot ne lui ont pas été livrés, si les obligations contractées par la femme, l'ascendant ou le tiers qui a promis la dot n'ont pas encore été exécutées, au moment de la dissolution du mariage par prédécès de la femme il peut exercer pour obtenir la livraison des valeurs dotales, l'exécution des engagements pris par le constituant les diverses actions qui naissent de la constitution de dot, *rei vindicatio*, *condictio*, action *ex stipulatu*; on sait que depuis Théodose II et Valentinien III le simple pacte de constitution de dot est devenu obligatoire pour le constituant; il fait naître une action par dérogation à l'ancienne règle: *ex nudo pacto actio non hauritur* (6. *Cod. de dot. prom.* V. II).

Si le mari est en possession des biens dotaux il les conserve; il ne s'opère au décès de la femme aucune mutation de propriété puisqu'il était déjà propriétaire; ceci est contesté, et quelques auteurs ne croient pas que le mari fut propriétaire de la dot; pour l'époque classique il n'y a aucun doute; les textes qui supposent le mari *dominus dotis* sont nombreux; on admet en général qu'il en est de même sous Justinien.

Lorsque le mari est *in patriâ potestate*, c'était pour son *paterfamilias* qu'était le bénéfice du gain de survie; mais depuis Théodose II et Valentinien III (1, p. 5, *Cod. de bon. que.*, lib. VI, 61) les biens dotaux sont considérés comme biens adventices pour le mari; le fils en conserve donc la nue-propriété; le père n'en a que l'administration et la jouissance.

Le mari gardant la dot était tenu de contribuer aux frais funéraires de la femme en proportion de la valeur de son gain par rapport au reste de la succession ; on avait pour l'y forcer l'action *funeraria* ; cette obligation était une charge du gain de la dot et non un *officium pietatis* ; aussi le mari jouissait-il de l'exception *id quod facere potest* (22, 23, 27, 28, 32, *de relig.*)

SECTION II

De la Donation Propter nuptias.

Dans le désir d'encourager au mariage qu'il considère comme la base essentielle de la société moderne le législateur du code civil a autorisé les futurs conjoints à se faire réciproquement des avantages que le droit commun prohibe ; des tiers, parents ou non, peuvent même intervenir au contrat de mariage pour consentir au profit d'un des conjoints une de ces donations. Le droit romain ne connut jamais en cette matière une réglementation d'ensemble ; les donations que les futurs époux se faisaient à l'occasion du mariage ou dont les tiers les gratifiaient n'étaient pas comme chez nous soumises à un régime particulier. L'institution contractuelle était inconnue ; elle aurait trouvé d'invincibles obstacles dans les mœurs et dans la répugnance qu'avaient les Romains à disposer à l'avance de leur succession ; la faveur du mariage ne faisait pas fléchir la prohibition absolue jusqu'ici Justinien, pouvant

être levée à certaines conditions depuis la loi 15 Cod. II. 3, qui frappait les pactes sur succession future et qui était d'ordre public.

Les donations entre futurs époux paraissent cependant avoir été fréquentes ; elles jouissaient même d'une certaine faveur ; elles étaient surtout faites par le fiancé et la fiancée ; ne rendre à la femme que son apport c'était mentir à la belle définition que les jurisconsultes donnaient du mariage c'était sacrifier le bonheur de la vie commune en créant dans le ménage des intérêts distincts ; c'était pour remédier à ces inconvénients que sous le nom de donation nuptiale le mari lui donnait l'équivalent de sa dot. Justinien réglementa ces donations devenues usuelles, qui nous le verrons, n'étaient pas seulement un gain de survie, mais une véritable dot du mari, une contre-dot (*αντιφερνη*) comme il dit lui-même. 20 pr. C. *de don. ante nupt.* V. 3).

Recherchons d'abord leur origine ; nous exposerons ensuite les règles relatives à leur constitution et à leurs effets, après quoi nous aurons à déterminer quel était exactement leur caractère.

§ 1. — *Son origine.*

Si l'on en croit Justinien (Inst II, 7 § 3) ce seraient les princes du bas empire (*juniores principes*) qui auraient introduit dans la législation cette institution inconnue à l'époque classique : bien qu'il ne nomme pas les empereurs auxquels il en attribue la paternité, on peut suppo-

ser qu'il entend parler de Théodose et Valentinien, auteurs de la constitution la plus ancienne sur cette matière, qui est de 428 (17, Cod. V. 3).

Dès l'époque classique et même à l'époque où fut rendue la loi Cincia (550 de Rome) on trouve sous le nom de *sponsalitia largitas* une sorte de libéralité faite généralement par le fiancé à sa fiancée, qui présentait avec la donation *ante nuptias* du bas empire une certaine analogie; nous croyons que c'est là qu'il faut chercher l'origine de celle-ci (Puchta Pand. §. 424). La *sponsalitia largitas* était en principe irrévocable; il n'est pas douteux, cela résulte de la remarque qu'en fait Constantin (16 Cod. V. 3) et de presque toutes les constitutions qui y sont relatives, qu'en pratique elle était faite par le futur époux à la fiancée; il était tout naturel qu'on songât à donner à la femme une compensation de la dot qu'elle apporte au mari; le christianisme devait encourager un usage qui rétablissait l'égalité dans la position respective des époux. La condition juridique de leurs biens n'est pas modifiée par suite de cette libéralité.

La *sponsalitia largitas* n'impliquait pas constitution de dot, ou réalisation du mariage; elle produit ses effets même s'il n'a pas lieu (F. Vat. p. 262); c'est ce qui la distingue des *munera sponsalitia* ou cadeaux de noces, lesquels doivent être restitués au cas de non célébration du mariage (2 Cod. V. 3) et qui consistaient en biens meubles vêtements, bijoux, bêtes de somme, esclaves, quelquefois même en fonds de terre.

Elle ne se confondait pas non plus avec les *arrhæ sponsalitia* que nous trouvons aussi sous Justinien, et qui

jouaient le même rôle que dans la vente; elles s'imputaient sur la donation *ante nuptias* lorsque le mariage était célébré; elles étaient restitués si la mort de l'un des fiancés rendait l'union impossible; le fiancé qui par sa faute donnait lieu à la dissolution des fiançailles les perdait, au quadruple, au double ou seules selon les époques et selon des distinctions dans le détail desquelles nous n'avons pas à entrer (6 Cod. Theod. III. 5; 5 Cod. V. 1)

Nous avons dit que la *sponsalitia largitas* était irrévocable; une telle solution était déraisonnable; aussi des pactes intervenaient pour en subordonner les effets à la célébration du mariage; elle était faite sous la condition *si nuptiae sequantur* (Fr. Vat. § 269). Constantin en 319 avait sous-entendu cette condition dans tous les cas, ce qui était logique, *sine spe nuptiarum haud facile esset donaturus*. Si le mariage manquait par la faute du donateur ou de l'ascendant investi sur lui de la *patria potestas*, il ne peut réclamer la restitution des biens livrés; il est tenu de livrer ce qu'il a promis (15, cod. V, 3) : le donataire doit restituer tout ce qu'il a reçu si c'est lui qui fait avorter le projet d'union; ses héritiers s'il prédécède sont tenus de la même obligation; il conserve les biens donnés si le donateur meurt ne laissant ni père, ni mère, ni enfants d'un précédent lit. Mais la *sponsalitia largitas* produisait des effets immédiats; la condition *si nuptio sequantur* était une condition résolutoire.

En 336, Constantin modifia ces solutions; il fallut désormais pour savoir si la libéralité était valable, distinguer selon que l'*osculum*, le baiser nuptial, avait été ou non échangé; la donation est caduque pour le tout si l'un

des fiancés meurt avant qu'il ait été donné ; la fiancée en conserve la moitié si le donateur meurt lorsque l'*osculum* a été échangé (16, Cod. V, 3). Ce baiser nuptial scellait définitivement les fiançailles ; l'usage s'en était conservé dans certaines régions du midi de la France.

Tels étaient les principaux traits d'une libéralité qui est, croyons-nous, l'origine de la donation nuptiale que nous étudions sous Justinien. Une progression d'idées bien naturelle devait conduire de l'une à l'autre. Le futur fait d'abord une donation sans réciprocité ; l'inconvénient de cette *sponsalitia donatio* qui n'était qu'une donation ordinaire antérieure au mariage était de priver le mari des valeurs qu'il aurait pu affecter aux charges du mariage s'il les eut conservées. Pour parer à cet inconvénient, la pratique imagina le procédé suivant. La femme constituait en dot à son mari les biens qu'elle venait de recevoir à titre de donation. Cette pratique promptement généralisée devint une règle de droit. La donation *ante nuptiale* fut alors pour le mari un moyen d'augmenter la dot que lui apportait sa femme. Faisant partie intégrante de la dot, elle était conservée ou restituée par le mari suivant les règles de l'action *rei uxoriæ* ; désormais les deux époux eurent les mêmes chances ; la femme est exposée à perdre sa dot si elle précède ; le mari survivant l'acquiert ; mais si elle survit elle reprend sa dot et acquiert en même temps la donation nuptiale ; il eut été injuste de lui en attribuer le bénéfice lorsqu'elle a stipulé la restitution de sa dot ; aussi dans ce cas elle ne le garde pas ; sous Justinien de même qu'une stipulation formelle est nécessaire pour que le mari survivant puisse

conserver la dot, de même elle l'est pour que la femme survivante ait droit à la donation *propter nuptias* (Nov. XXII, c. 20, § 1). La terminologie adoptée par Justinien, la rubrique du titre 3, livre V au code démontrent clairement que c'est dans le droit romain lui même qu'il faut chercher l'origine de cette institution. Pourquoi faire intervenir d'anciennes idées de l'Orient ou de la Grèce, voir même de la Gaule ? Peut-être ont-elles aidé à l'évolution signalée ; elles ne l'ont pas provoquée ; qu'y a-t-il d'étonnant à ce que la législation romaine, si riche en théories juridiques ait trouvé elle-même les fondements d'un droit de survie qui devait procurer à la femme les mêmes avantages que la dot au mari (1). Quelques interprètes cependant ne croient pas à cette origine ; ils la font dériver d'anciennes coutumes de l'orient ; à partir de Constantin, disent-ils, les anciennes doctrines romaines perdaient leur force à mesure que s'introduisaient les usages des pays conquis ; au contact des diverses lois régissant les peuples voisins de l'empire le vieux droit romain perdit son caractère national ; on empruntait beaucoup aux autres législations (Zimmern ; Hugo, § 381). Sans doute en Orient le mari constituait une sorte de dot ; mais c'était le prix de son époux qu'il payait au père de celle-ci, cet usage se rapproche de la *cæemptio*, non de la donation *ante nuptias*. La même réponse peut être faite à ceux qui voudraient voir son origine dans la coutume germanique rapportée par Tacite (Germ. 18) ; confirmée par les capitulaires et les formules de Marculfe ; la dot apportée par le mari

1. D'Hauthuille *Rev. de Lég.*, VIII, p. 347.

était le prix du *mundium*, fixé en général d'un commun accord, sinon par la loi ; d'autre part, la femme n'apportait pas de dot à son mari ; or, à Rome la dot et la donation *propter nuptias* existaient simultanément.

D'autres auteurs se sont rejetés sur une institution celtique que nous fait connaître César (*de bello gall.* VI, 19) ; chez les gaulois le survivant des époux recueillait en totalité, une sorte de fonds commun composé de la dot apportée par la femme, d'une somme égale versée par le mari, des revenus de ces biens : M. Laferrière (*Hist. du dr. fr.*, II, p. 467) a jadis voulu voir dans ce passage, vaste champ de discussions et de conjectures, l'origine d'un grand nombre d'institutions juridiques ; ses hypothèses et ses déductions, souvent très savantes, sont malheureusement trop hardies ; y aurait-il dans cette coutume, d'ailleurs très peu connue, l'origine d'une communauté réduite aux acquêts avec la chance aléatoire que tout appartiendra au survivant ? c'est très contestable ; mais certainement il ne faut pas y chercher l'origine de la donation *propter nuptias* considérée comme gain de survie ; il y a dans les quelques lignes de César un tableau assurément peu exact des relations pécuniaires des époux, on ne voit pas si les fruits des apports étaient capitalisés comment on aurait fait face aux dépenses du ménage ; les avantages accordés à la veuve dépendant de la quotité de sa dot, elle n'aurait eu aucun droit à exercer sur les biens du mari précédé. L'exactitude des détails donnés par César est donc contestable (d'Hauthuille. *Rev. de législ.*, VIII, p. 351) ; d'ailleurs les lois et usages de la Gaule ne survécurent pas à la conquête... Les mœurs des vaincus étaient

devenues romaines; comment leurs institutions seraient-elles restées gauloises.?. Lorsque les Francs se fixèrent dans les provinces du Nord, il n'y avait pas d'institution analogue à la donation *propter nuptias*; dans le midi on connaissait une sorte de donation faite par le mari, se rapprochant beaucoup plus des libéralités usitées au bas empire que du gain de survie des lois celtiques, donation mutuelle avec caractère d'égalité parfaite.

Si la donation *ante nuptias* n'a apparu qu'au bas empire, c'est que jusqu'alors le mari dans son testament avait le soin d'assurer la situation de la veuve. Mais à cette époque laisser comme jadis au testament du *paterfamilias* le règlement des droits pécuniaires des membres de sa famille et de son épouse, c'était dans les idées nouvelles les mettre à la merci d'une volonté arbitraire et changeante. Il était naturel que la femme se fit assurer par un acte entre-vifs les avantages que son mari était moralement obligé de lui faire sur ses biens personnels, et que précédemment il ne réglait que dans son testament. (Esmein : *Nouvelle Rev. hist. du dr. fr. et étr.* 1884, p. 22).

§ 2. — *Sa constitution, ses effets; à quelles conditions elle est acquise à la femme survivante.*

1^o Elle peut être constituée non seulement par le mari, mais aussi par un tiers quelconque, qui peut en stipuler la restitution. (31 *Cod. de jur. dot.*); de même qu'il est tenu de doter sa fille, le père doit constituer à son fils une donation *propter nuptias*; aucun texte ne lui impose expres-

sément cette obligation ; mais quelques-uns la supposent ; la loi 7, C. V, 11, dit qu'il y a tout au moins pour le père une obligation de convenance résultant d'usages bien établis ; la loi 25 C. V. 4 décide que le curateur du père atteint d'aliénation mentale doit la constituer au fils de même qu'il constituerait une dot à la fille ; on peut en conclure qu'il y avait pour le père une obligation civile ; une nouvelle de Majorien de 458 l'avait dit formellement. Quant à la mère les juges appréciaient les circonstances de fait qui permettraient de la contraindre à faire une telle donation.

On lui applique au surplus toutes les règles admises pour la dot, ainsi elle doit être rapportée à la succession de l'ascendant donateur toutes les fois qu'il y aura lieu aura lieu au partage *ab intestat* entre les héritiers à défaut de testament, *de bonorum possessio contra tabulas, de quere-la*. (17. C. de coll). On en tient compte dans le calcul de la légitime. (29 de inoff. test).

b) La novelle CXIX la dispense de l'insinuation ; il était à craindre que le mari omettant de remplir cette formalité ne parvint à s'approprier la dot sans qu'il y ait pour la femme chance de recueillir la donation nuptiale. Cette dispense s'explique d'autre part par le motif que l'un des époux gagnait autant que l'autre ; c'était une sorte de contrat *sui generis*, non une donation véritable (Savigny § 167, note g) ; Justinien avait déjà permis de procéder à l'insinuation durant le mariage (20 Cod. de don). Dans la Novelle CXXVII. C. 2, il revient sur la décision que donnait la novelle CXIX. Le défaut d'insinuation pouvait être très préjudiciable à la femme en cas de

perte des *instrumenta dotalia*, dont un exemplaire était déposé au *tubularium* du peuple, un autre restant au *tablinum* de la maison ; la preuve de la donation devient alors impossible ; la représentation des registres publics sur lesquels se faisaient l'insinuation pouvait être un remède à ce danger. Aussi le mari dut-il faire insinuer la donation si elle excédait 500 *solidi* ; s'il néglige de le faire, il ne pourra réclamer la dot, si elle constitue pour lui un gain de survie ; mais le défaut d'insinuation ne peut préjudicier à la femme à l'égard de laquelle la donation est valable ; si elle survit elle peut donc en exiger la délivrance.

c) Elle pouvait être constituée non-seulement avant mais même au cours du mariage », à la seule condition qu'elle n'excédât pas le montant de la dot et encore que celle-ci ne reçut aucune augmentation (19, 20, C. V. 3) ; c'est à Justinien qu'est due cette innovation ; pourquoi, dit-il, pour la justifier, permettre à la femme de constituer la dot pendant le mariage et défendre au mari de consentir une donation nuptiale ; le contraire serait plus rationnel ; il faut donc assimiler à la dot une donation qui a le même but ; Justin, son père adoptif, avait déjà permis de l'augmenter pendant le mariage. Pour mettre la terminologie d'accord avec le droit il change le nom de cette donation qu'il appelle désormais *propter nuptias* au lieu d'*ante nuptias*. De même qu'elle peut être augmentée, elle peut être diminuée au cours du mariage, mais à condition que la dot subisse une égale diminution (Nov. XXII, c. 31). Toutes les dispositions particulières qui seraient faites relativement à la dot s'appliquent également à la dona-

tion à cause de nocces, qui se trouve de plein droit augmentée, diminuée, ou modifiée par tout pacte dont l'effet est d'amener ces résultats à l'égard de la dot (3, *de don.*, 17, 20, C. V, 3, 9, *de pact. conv.*).

Il n'y avait pas infraction à la règle qui prohibait les donations entre époux; car chacun d'eux s'appauvrit et s'enrichit d'une égale quantité.

d) *Elle implique une constitution de dot (1), elle ne peut créer au profit de la femme un gain de survie qu'autant qu'une clause expresse lui en attribue le bénéfice pour le cas où elle survivra au mari.* Il existe pour celui-ci une obligation naturelle de faire une donation *ante nuptias* lorsqu'une dot a été constituée à la femme (Nov. LXXXXI, c. 2); mais il ne peut la faire en l'absence de dot (Nov. I^o, c. 5) : la femme n'y a aucun droit lorsque la dot promise n'a pas été payée; si elle ne l'a pas été complètement, elle ne peut réclamer la donation que dans la mesure de ce qui a été versé (Nov. XXII, c. 31); si le droit du mari sur la dot est conditionnel, il en est de même de celui de la femme sur la donation.

A défaut de pacte contraire elle fait retour au mari donateur (Nov. XXII, c. 20). Léon le dit formellement (Nov. XX). Il ne peut y avoir de gain légal, et c'est conforme à la solution donnée pour la dot dont le gain ne peut être que conventionnel; si elle est constituée par un tiers, il devrait stipuler le droit de retour en sa

1. *Dos potest fieri sine donatione propter nuptias, sed donatio propter nuptias non potest fieri sine dote (Petri exceptiones, I, § 43).*

faveur, sinon elle reviendrait au mari. S'il n'y a pas de clause en faisant un gain de survie, elle ne présentait qu'une utilité : elle aidait à subvenir aux charges du mariage ; elle était à l'abri des poursuites des créanciers. Mais la convention par laquelle le mari se réservait le droit de garder tout ou partie de la dot s'étend à la femme pour la donation nuptiale. C'est en ce sens qu'il faut entendre la novelle LXXXI, c. 2, *dos data donationem meretur* : toute dot mérite donation.

c) *Il doit y avoir égalité entre le gain de survie résultant de la dot et de la donation.* — Majorien le premier avait exigé que la dot ne fut pas inférieure à la *sponsalitia donatio* (Nov. VIII). En 468, Léon et Anthémios (9, *C. de Pact. Cont.* V, 14) avaient décidé que la parité devait exister dans les quotités, non dans les quantités ; si le gain du mari sur la dot était de moitié, la femme ne gagnait que la moitié de la donation. Ce système était désavantageux pour la femme ; le mari pouvait ne lui faire qu'une donation très restreinte ; elle ne pouvait réclamer sur cette donation qu'une quote-part égale à celle du mari sur la dot. Elle n'avait aucun droit de survie si la dot était profectice ou réceptice, alors même que le mari exerçait des rétentions *propter liberos* ; ces rétentions en effet ne pouvaient être considérées comme un gain de survie, dit M. Boissonnade ; c'était une indemnité des charges de la paternité, charges qui n'étaient pas les mêmes pour la mère survivant à son mari ; dans ce cas les enfants devenus *sui juris* par la mort de leur père lui succédaient et devaient pourvoir aux frais de leur éducation.

La constitution de Léon et Anthémios renfermait une

grave lacune; elle n'édicte aucune sanction pour le cas où la règle qu'elle posait aurait été violée. Justinien combla cette lacune; il ne prononce pas la nullité de la disposition entière; il décrète que l'égalité sera obtenue par l'abaissement de la libéralité la plus élevée au taux de la plus faible (20 Cod. V. 3) Nov. XXII, c. 20 pr.) *nobis placuit ad minus pertrahere quod in pacto plus est.* En 539, la Novelle XXII, c. 20 l. substitue à l'égalité de quotité l'égalité numérique et absolue, l'égalité parfaite des sommes et des valeurs; si le gain de survie du mari est de 100 *aurei* celui de la femme est nécessairement identique. Cette égalité exigée dans les avantages que se font mutuellement deux époux dont les fortunes et les apports sont le plus souvent inégaux n'était ni rationnelle, ni équitable; la Novelle XCVII avait cru être plus juste en exigeant aussi l'égalité dans les apports: la règle n'en devenait peut-être que plus oppressive: aussi était-elle depuis longtemps tombée en désuétude quand Léon le Philosophe l'abrogea expressément (Nov. XX).

f) Elle suppose un mariage valable; c'est une condition indispensable (Savigny I, p. 347): sa validité est tacitement subordonnée à la réalisation de l'union en vue de laquelle elle a été faite (15, 16, Cod. V, 3); on sait qu'il en est de même pour la dot *quæ sine matrimonio esse non potest* (3 de jur. dot.).

g) Le mari qui convole ne peut disposer en faveur de sa nouvelle épouse que d'une part d'enfant le moins pre-nant; cette restriction est applicable à la donation nuptiale; elle ne peut dans la même hypothèse être diminuée durant le mariage sous prétexte qu'elle excède le taux

fixé (Nov. XXII, c. 34); c'est dans l'intérêt des enfants du premier lit qu'est édictée cette prohibition : la veuve n'ayant droit à la donation qu'en vertu d'une stipulation expresse, si en l'absence d'une clause semblable on en eut permis la diminution durant le mariage on eut rendu disponibles entre les mains du mari des biens qui devant lui faire retour étaient assurés à ses enfants.

Si les conjoints périssent simultanément les héritiers de la femme qui ne rapportent pas la preuve de sa survie ne peuvent réclamer la donation nuptiale : nous avons vu pourquoi pour la dot on donnait une solution différente.

2) Nous n'avons pas à insister sur ses effets ; cette question sort de notre sujet. Le mari conservait la jouissance, et même la propriété des biens qu'elle comprenait ; *ex hac donatione dominium rei donatæ non transit ad uxorem* dit Vinnius. Les fruits étaient affectés aux charges du mariage ; certains interprètes pensent qu'ils appartiennent à la femme comme ceux de la dot étaient pour le mari ; ils s'appuient sur la loi 20 *cod. v. 3 nomine et substantia nihil distare a dote donationem : propter nuptias*. Mais le mari percevait les fruits de la dot parce qu'il en est propriétaire ; la femme ne peut percevoir ceux de la donation parce qu'elle n'en est pas propriétaire ; ceci ressort avec évidence de la Novelle LXI, c, I. pr., qui suppose que le mari est resté propriétaire, puisqu'elle lui défend d'aliéner ou d'hypothéquer les biens qu'elle comprend ; on a cependant invoqué à l'appui de l'opinion contraire la dénomination même donnée à cette institution, la nécessité de l'insinuer jusqu'à Justinien, enfin la constitution 29 *cod. v. 12*, qui permet à la femme de re-

vendiquer les valeurs données *propter nuptias* si le mari est en déconfiture (Marczoll. trad. Pellat, p. 166) ; il faut voir dans cette disposition une mesure de faveur, et conservatoire qui se justifie facilement ; cette revendication d'ailleurs n'a qu'une application spéciale ; elle ne procure pas un bénéfice définitif : elle ne change rien aux droits qui peuvent compéter au mari à la dissolution du mariage (Maynz, §, 316). A la première objection on peut répondre qu'il peut y avoir libéralité sans qu'il y ait transmission de propriété ; quant à l'insinuation elle n'a plus lieu désormais qu'afin que la femme n'ait pas à souffrir de la perte de l'acte constatant la donation.

Le droit de la femme sur cette donation nuptiale ne s'ouvre donc que si le mariage est dissous par le prédécès du mari ; elle en a la pleine propriété s'il n'y a pas d'enfants ; en présence d'enfants elle ne prend en propriété qu'une part virile ; sur le surplus elle n'a qu'un droit de jouissance (Nov. CXXVII, c. 3).

L'insolvabilité réalisée ou imminente du mari lui permet de réclamer la délivrance des biens compris dans la donation. C'est là une garantie ; elle en a d'autres : les immeubles qui lui sont donnés (29 C. *de jur. dot.*) *propter nuptias* sont inaliénables même avec son consentement, depuis Justinien ; toutefois ce consentement renouvelé après un délai de deux ans valide l'aliénation (Nov. LXI, c. 1) ; une disposition analogue était admise pour l'*intercessio* ; mais plus rigoureux que pour l'*intercessio* Justinien dans notre hypothèse ne donne d'effet au consentement de la femme renouvelé après deux ans qu'autant qu'il y a d'autres biens sur lesquels elle retrouvera l'équivalent de

la donation nuptiale. Elle a enfin une hypothèque légale non privilégiée sur tous les biens du mari (12; 2 *cod.* VIII, 20), on l'a contesté ; comment si la femme n'avait pas une hypothèque expliquer la déclaration de Justinien, qu'il n'y a aucune dérogation à la règle : *prior tempore, potior jure*.

C'est par l'action *de dote* par laquelle elle réclame la restitution de la dot, que la femme demande l'exécution de la donation nuptiale. Elle a également une *rei vindictio* utile, qui plus avantageuse que l'action de dote peut être exercée non seulement contre les héritiers du mari mais contre tout possesseur.

§ 3. — *Son but. Est-elle uniquement un gain de survie.*

Nous abordons une question très controversée ; plusieurs opinions sont en présence ; nous avons à les faire sommairement connaître. La donation *propter nuptias* ne constitue pas uniquement un gain de survie, sans doute c'est là son but principal ; mais elle a une autre utilité. Certains auteurs (Laferrière, *hist. gén. du droit*, II, p. 468, au xvi^e siècle, Doneau (XIV, 9) ne veulent y voir qu'une sorte de compensation de la dot ; mais alors comment expliquer que la femme qui recueille la donation recouvre aussi sa dot. On sait d'ailleurs que l'égalité entre la dot et la donation n'est ni le premier ni le seul motif de notre institution, qui existait déjà lorsque en 468 Léon et Anthémios introduisirent l'égalité dans les quotités, la seule qui fut exigée jusqu'à Justinien ; le montant

de la donation pouvait donc être très inférieur ou très supérieur à celui de la dot. Justinien lui-même en décrétant que l'égalité serait absolue ne défendit pas de ne faire porter le gain de survie que sur une portion de la donation. Aussi cette première opinion n'a-t-elle pas eu de nombreux partisans.

On a pensé qu'elle se rattachait à la prévision d'un divorce arbitraire, le mari en perdrait le montant s'il répudiait injustement sa femme, ou quand par une cause grave (*grave crimen*) il lui fournit un motif légitime de divorce. Ce serait donc pour celle-ci une mesure de protection contre le caprice de son mari ; menacé de l'obligation de la livrer s'il se sépare de son épouse sans cause légitime il réfléchira avant de prendre cette décision (Bonnet, *Dispositions par contrat de mariage*, III, p. 16 ; Franck, *Arch. prat. du droit civil*, t. XXVI. p. 63. 1843.) C'est dit-on, la solution qui ressort de la novelle XXII c. 18, qui prévoyant l'hypothèse où le mari n'a pas fait de donation *propter nuptias* lui enlève s'il répudie injustement sa femme, ou lui fournit un juste motif de divorce, le quart de son patrimoine ; « *ut non ob hoc vir expellat domo uxorem,* » le législateur ne peut pas qu'il soit libre de chasser impunément son épouse : la crainte de perdre la donation nuptiale qu'il a dû constituer le retiendra. Nous ne contestons pas cette idée ; elle est vraie en elle-même ; mais il faut convenir que tel n'est pas l'unique but de la donation *propter nuptias* ; la doctrine que nous combattons oublie que cette donation peut constituer pour la femme un gain de survie ; on dit que cet effet n'est qu'un des corollaires de la convention, auquel la loi s'est prêtée avant

d'autant plus de facilité qu'il est conforme aux règles de la raison et de la justice, mais on peut dire la même chose de la perte en cas de divorce arbitraire.

Il est des interprètes qui croient qu'elle fut destinée à jouer pour la femme le rôle d'une nouvelle garantie, à ajouter à une liste déjà longue pourtant des sûretés accordées pour la restitution de la dot. (*Perezius, Vinnius, Pont. Rev. de leg. et de jur.* 1853, p. 664 ; Laboulaye, loc. cit. II et 3). Ce serait une sorte de caution donnée par le mari à la femme ; il y aurait à son profit une constitution tacite de gage sur les biens compris dans la donation ; de plus en cas de déconfiture du mari elle assurerait la subsistance de la famille. Nous ne comprenons pas quelle serait la raison d'être de cette nouvelle garantie ; elle ferait double emploi avec les nombreuses sûretés réelles ou personnelles accordées à la femme : il n'y a qu'à songer jusqu'à quelle faveur exorbitante, jusqu'à quel excès même fut portée la protection de l'épouse pour se convaincre qu'une nouvelle sûreté serait surrogatoire. Elle aurait été d'ailleurs illusoire, lorsqu'elle aurait consisté en argent ; quelle sécurité aurait-elle alors donné ? Son utilité n'apparaîtrait que dans l'hypothèse de déconfiture mari mais c'est rétrécir singulièrement son but, lui donner une application bien étroite qui ne concorde guère avec l'importance que semblent lui donner les textes qui s'en occupent ; on en fait toujours un pacte accessoire alors qu'elle apparaît comme une institution parallèle à la dot, mise sur la même ligne, s'en distinguant. Comment si elle n'est qu'une garantie expliquera-t-on que la femme survivante puisse non seulement recouvrer sa dot mais aussi

gagner la donation. Cette opinion enfin rend inexplicable la loi 12, § 2, C. VIII, 18, qui garantit au moyen d'une hypothèque légale l'exécution de la donation nuptiale : comment ! voilà une sûreté qui serait elle-même garantie par une autre sûreté !

D'autres sont d'avis qu'elle constitue uniquement un gain de survie, un douaire équivalent à la dot ; elle n'aurait d'autre but que d'égaliser proportionnellement d'abord, absolument sous Justinien le gain de survie que la dot dans certains cas procurait au mari ; ce serait la seule analogie qu'elle présentait avec cette dernière.

Lorsque le mariage se dissout par la mort du mari, elle paraît devoir revenir à la femme comme une espèce de douaire dont elle n'aurait qu'une portion en pleine propriété s'il y a des enfants communs. Ce rôle de douaire elle le joua dans nos provinces méridionales. (Maynz § 316). Cette opinion nous semble assez séduisante, et on pourrait croire que puisque nous donnons une si large place dans notre étude à la donation nuptiale, c'est parce que nous la considérons uniquement comme un gain de survie ; que ce soit là son but primitif ; c'est probable ; mais c'est croyons nous se placer à un point de vue trop restreint, prendre un des aspects de l'institution pour l'institution elle-même, diminuer arbitrairement sa portée que de supposer que tel fut toujours son unique but ; il suffit au surplus pour le démontrer de se rappeler que la donation nuptiale peut exister sans qu'il y ait gain de survie ; c'est ce qui arrive, toutes les fois qu'une stipulation formelle ne l'attribue pas à la femme survivante ; elle fait

alors retour au constituant ou à ses héritiers (Nov. de Léon XX).

S'il n'y a qu'un gain de survie, pourquoi en cas de survie du mari en attribuer à la femme le bénéfice immédiat : lui donner les fruits : une collocation éventuelle suffirait : il serait injuste d'avantager l'épouse au préjudice des créanciers du mari, qui se verraient frustrés d'une partie de leur gage. On comprend que dans nos pays de droit écrit elle n'ait pas été adoptée avec ses caractères définitifs. La base du droit romain était le code théodosien publié à une époque où elle n'était pas arrivée, à son entier développement ; elle était à peine ébauchée ; passée dans ces pays avant d'être complètement et rationnellement formée, elle ne profita pas des perfectionnements que lui apportèrent les empereurs byzantins.

Nous arrivons alors à l'opinion qui paraît la plus sûre, et qui voit dans la donation *nuptiale* une dot de son mari (Arndtz, § 413. Puchta, § 424 : Boissonade, p. 54) ; d'Authuille *Rev. de lég.* VIII, p. 244 et. Déjà *Cujas* la considérait comme un contrat « *quo quis dotem contrariam uxori maritus offert*. Les textes sont formels en faveur de cette opinion ; rien au point de la nature (*substantia*) et de la terminologie (*nomine*) ne sépare la dot et la donation *nuptiale*, dit Justinien (20 c. V. 3) ; cette dernière est soumise aux mêmes règles que la dot, elle en suit toutes les variations. Son but est donc non seulement d'assurer à la femme survivante des moyens d'existence, mais aussi de subvenir aux charges du mariage, de constituer un fonds de réserve pour le cas de déconfiture du mari. Cette conclusion peut seule expliquer l'existence simultanée de

la dot et de la donation *propter nuptias* sans aucun gain de survie ou seulement avec un gain partiel ; au fond elle ne diffère pas de la dot ; entre elle et une donation ordinaire il n'y a qu'une similitude de nom. La dot se trouve en réalité composée des apports égaux de chaque époux ; cette masse commune appartiendra en entier au survivant. C'est, dit-on, peu compatible avec l'idée que les Romains se faisaient du mariage qu'ils n'ont jamais considéré comme une association ; il ne peut donc être question d'un apport du mari. Cette remarque serait très juste s'il s'agissait du droit primitif ; mais on sait que sous l'influence du christianisme la situation des époux s'était bien modifiée ; il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on soit arrivé à une sorte de communauté de biens, conséquence logique et naturelle de la communauté d'existence que crée le mariage. On voit nettement se former cette idée de communauté de charges et d'avantages, qui a prévalu dans les pays coutumiers et a été adoptée par le Code civil.

SECTION III

Libéralités entre conjoints faites sous condition de survie.

Les conjoints avaient deux moyens à leur disposition pour assurer ainsi le sort du survivant : la donation entre vifs qui depuis le sénatusconsulte de Septime Sévère était un gain de survie pour le donataire, et le testament.

§ 1. — *Donations.*

Licites mais impossibles en fait avec la *manus* les donations entre époux furent prohibées par une coutume qui semble très ancienne (1, XXIV, 1), mais n'existait cependant pas encore lorsque fut rendue la loi Cincia qui les excepte de ses dispositions. On connaît les raisons invoquées pour justifier cette prohibition, la crainte que la cupidité ne se substituât à l'affection dans le mariage, *ne venalia essent matrimonia* (2, XXIV, 1), que l'amour immodéré de l'un des conjoints ne le pousse à se dépouiller aveuglément en faveur de l'autre, que la bonne intelligence dans le ménage ne fût achetée à prix d'argent.

Nous n'avons pas à rechercher ici quels actes tombaient sous le coup de la prohibition ; entre quelles personnes ils étaient défendus, quelles exceptions on apportait à la règle (donations *honoris divortii exsilii causa*, etc.) ; nous examinerons seulement comment elles peuvent constituer un gain de survie.

De tout temps le donataire en conservait le bénéfice lorsqu'elle était expressément confirmée par le testament du donateur. Un sénatusconsulte rendu en 206 après Jésus-Christ connu sous le nom d'*oratio Antonini* pose comme présomption légale que le donateur qui meurt sans avoir changé de volonté est présumé avoir confirmé la donation ; une confirmation testamentaire expresse n'est plus nécessaire. Le conjoint donataire doit pour conserver le bénéfice de la libéralité survivre au donateur, et

être capable de recevoir au jour du décès de ce dernier. C'est à ceux qui invoquent la caducité de la donation à faire la preuve de l'évènement qui l'entraîne; donc si les deux époux ont péri simultanément, la donation profite aux héritiers du donataire dont on ne peut prouver le prédécès (32, § 14; *eod. tit.*), il en est de même si faits ensemble prisonniers ils sont l'un et l'autre morts en captivité; mais si l'un revenait, la fiction du *postliminium* fait décider qu'il sera censé avoir survécu, alors même qu'en fait il décèderait après celui qui est mort *apud hostes*.

Le sénatusconsulte visait, d'après nous, toutes les donations, celles faites par tradition, comme celles faites sous forme de promesse ou de remise de dette. Cette solution n'est pas acceptée par tous les interprètes; il en est qui pensent que jusqu'à Justinien la question resta très douteuse; ce ne serait que la novelle CLXII, c., qui la trancherait dans le sens que nous croyons être celui du sénatusconsulte, dont le texte très général semble embrasser toutes les hypothèses; plusieurs fragments du Digeste confirment cette manière de voir: *oratio pertinet ad omnes donationes*, dit le fr. 32, § 1 *de don. int. vir.* *generaliter universæ donationes ex oratione valebunt*, le fr. 32, § 23; nous n'insisterons pas autrement sur une question qui à l'époque où nous nous plaçons est définitivement élucidée.

Le donateur conserve le droit de révoquer expressément ou tacitement par exemple en aliénant l'objet donné (32, § 2 *eod. tit.*), sa libéralité qui ne devient définitive que par son décès survenu du vivant du donataire; jusque là

le droit de ce dernier n'existe pas ; la donation est nulle ; le donateur est resté propriétaire, créancier, n'est pas obligé selon que la dation est effectuée par voie de donation, remise de dette ou obligation. (Accarias, I, 310). Jusqu'ici Justinien, le mari donateur peut retenir sur la dot qu'il restitue la valeur des biens donnés (*L. unic. § 5. Cod. V, 13*).

En 528 rétrogradant au delà du sénatusconsulte, Justinien fait de l'insinuation exigée depuis Constantin une condition nécessaire de la validité de ces donations ; il n'admit pour l'excédant des donations dépassant 500 solidus qui n'avaient pas été insinuées qu'une confirmation testamentaire expresse (25 *Cod. eod. tit.*) Nov. CLXII) ; la donation alors ne pouvait valoir que comme donation *mortis causa*. Insinuée ou dispensée de cette formalité en raison de sa modicité, elle valait une fois confirmée comme donation entre vifs avec effet rétroactif au jour de l'insinuation ou de la convention. On voit par là que la donation entre époux présente les plus grandes analogies avec la donation *mortis causa* qui fut de tout temps exceptée de la prohibition (9, § 2 *eod. tit.*). Le décès du donateur envisagé d'une manière générale ou spéciale joue le rôle d'une condition suspensive ou résolutoire. Les donations *mortis causa* sont révocables au gré du donateur ; on leur applique à bien des égards les règles des legs. Entre époux, bien que juridiquement effectuées durant le mariage, elles ne se réalisent qu'après sa dissolution ; elles ne reçoivent pas leur perfection tant que le mariage dure : elles ne l'acquièrent que par le prédécès du donateur, c'est-à-dire à l'instant même où le mariage est dissous ;

elles ne produisent d'effet qu'à un moment où il n'y a plus ni mari ni femme ; *in hoc tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt* (10 *eod tit.*). Il n'y a pas en réalité exception à la prohibition des donations entre époux comme semble le croire Ulpien (9 § 2 : 10 : 11. *pr. eod tit.*) Savigny, IV. p. 175.

Mais elles ne peuvent être faites que sous la condition suspensive du prédécès du donateur, puisqu'entre époux les donations ne peuvent pas produire d'effets immédiats ; la propriété des choses données ne peut passer au donataire que par la mort du donateur. Le fragment 11, *pr. de don. int. vir*, emprunté à Ulpien, qui par son obscurité serait digne d'être ajouté aux *septem leges damnatae*, semble dire que toute donation *mortis causa* (*omnis mortis causa donatio*) était valable entre époux, même celles qui produiraient des effets immédiats, et ne deviennent irrévocables que par le prédécès du donateur. Or, Ulpien lui-même n'admet pas que le décès du donateur puisse jouer le rôle d'une condition résolutoire. Comment alors expliquer le fragment 11 *pr.* On peut dire avec Pothier que la propriété reste bien au donateur en vertu du principe qui s'oppose à ce que la transmission s'opère entre-époux ; mais le prédécès du donateur faisant défaillir la condition résolutoire, la transmission de la propriété s'opère avec effet rétroactif. Le donataire sera dans la même situation que s'il avait été effectivement saisi du jour du contrat. C'est dans ce sens que la donation résoluble peut exister ; quant à savoir si elle existe réellement, il faut distinguer selon qu'il y a eu ou non tradition ; dans le cas de simple promesse, on présumait que les époux avaient voulu écar-

ter la rétroactivité, si elle devait leur nuire. Ulpien (XI, 9) suppose une donation faite à un fils de famille, et qui en réalité profite à sa femme ; il est devenu *sui juris* lorsque le donateur meurt ; la rétroactivité si elle s'opérait profiterait à son *pater familias* ; aussi n'aura-t-elle pas lieu ; il en serait de même si c'est un esclave, plus tard affranchi, qui a été gratifié comme interposé pour la femme. A l'inverse, la rétroactivité favorable à l'époux se produirait, si le donataire prête-nom de l'époux, *sui juris* au moment de la donation avait cessé de l'être au décès du donateur.

§ 2. — *Libéralités testamentaires.*

Elles ne furent jamais interdites ; elles ne peuvent avoir d'effet qu'à un moment où le lien matrimonial est brisé ; elles sont donc moins dangereuses que les donations actuelles ; le droit qu'elles confèrent est essentiellement fragile, à la merci d'un changement de volonté du testateur, toujours libre de modifier ses dispositions.

Sous Justinien, l'institution d'héritier d'un conjoint par son conjoint n'est soumise à aucune restriction ; de nombreux textes insérés au Digeste attestent que depuis longtemps elle était fréquemment faite par le mari au profit de la femme. Les deux époux, bien entendu, devaient jouir de la *factio testamenti* active et passive. Une novelle de Valentinien III de 446 (Cod. *Théod.* 108, IV, 7), qui n'est pas insérée dans le code de Justinien, leur avait accordé la faculté des instituer réciproquement et de faire

un testament mutuel, par le même acte (*una charta*); il était indivisible. La loi Voconia, dont le but avait été de raffermir l'aristocratie patricienne en empêchant les plus opulentes successions d'être transmises par les femmes à des familles étrangères et le culte privé de passer entre les mains des femmes, dont on se défiait, appliquée à l'épouse comme à toute autre femme, observée encore du temps de Trajan dans le panégyrique duquel Pline y fait allusion, était depuis longtemps tombée en desuétude lorsqu'elle fut définitivement abrogée par Justinien (14, Cod. VI, 58; Nov. CXVIII, c. 4). La femme pouvait toujours être instituée par son mari, quelle que fut la fortune de celui-ci.

Les lois caducaires, généralement appelées décimaires dans leur application à notre matière, avaient sous Auguste restreint dans d'étroites limites la faculté absolue que l'ancien droit laissait aux époux de disposer réciproquement en faveur l'un de l'autre; ils ne pouvaient plus à ce titre et sauf certaines circonstances particulières ne donner plus de $\frac{1}{10}$ en propriété et de $\frac{1}{3}$ en usufruit (Ulp, XVI, 1. Voir sur cette question Boissonade, *loc. cit.*, 118); ainsi leur capacité était augmentée de $\frac{1}{10}$ par enfant existant d'une précédente union, ou issu du mariage, s'il n'était décédé qu'après le jour où il avait reçu un nom; elle redevenait entière dans certains cas. Le sénatusconsulte Pégasien les déclarait applicables aux fidéicommiss; elles avaient été abrogées en 410 par Théodose et Honorius (2 Cod. théod. VIII, 17 : 2 Cod. de).

Les incapacités dérivant de ces lois avaient été, lorsque le Christianisme triompha, remplacées par de nouvelles

restrictions apportées à la capacité corrélatrice des époux ; mais celles-ci sont d'une nature bien différente : elles n'ont rien d'arbitraire ou d'injuste ; le but que poursuit le législateur, sauvegarder les intérêts de la famille, est des plus nobles et des plus élevés. Aussi les retrouve-t-on dans notre droit actuel. Ce sont celles qui dérivent des secondes noccs. Théodose et Valentinien défendirent à la veuve qui se remarie avant l'expiration de l'année de deuil de disposer en faveur de son nouveau mari de plus du tiers de ses biens (1 *Cod. de Sec. Nupt.*) et en usufruit seulement. Les libéralités qui lui seraient faites par ce second mari profiteraient aux personnes auxquelles le prêteur permet de demander la *bonorum possessio unde decem personæ* (Nov. XXII, c. 22).

Depuis 469, la constitution *hac edictali* (8 *Cod. de Sec. Nupt.*) promulguée par les empereurs Léon et Anthémios limite à une part d'enfant le moins prenant les libéralités que le veuf ou la veuve qui convole peut faire à son nouvel époux (V. aussi Nov. XXII, c. 27).

C'était dans l'intérêt des enfants du premier lit, afin qu'ils ne fussent pas inconsidérément dépouillés, et dans l'intérêt public tel que le comprenaient les empereurs chrétiens que ces restrictions avaient été introduites. Aussi le conjoint prédécédé ne peut-il par son testament en dispenser l'époux survivant (Nov. XXII, c. 2, § 2 ; *Puchta lehr.* p. 428). La réduction était opérée dans l'intérêt exclusif des enfants du premier mariage, la libéralité était efficace à l'égard des enfants du deuxième mariage sauf leur droit à la légitime ordinaire. Justinien en 529 voulut que le bénéfice de la réduction fut partagé

entre tous les enfants indistinctement (9 pr. *Cod. de Lec. nupt.*). Il revint sur cette décision dans la nouvelle XXII, c. 27) et rendit aux enfants du premier lit la préférence que leur accorde la constitution *hac edictali*. C'est d'après le nombre des enfants vivants au moment de la mort de l'époux remarié auteur de la libéralité et non exhéredés que se fixe la quotité dont il a pu disposer.

Le conjoint disposant par testament en faveur de son conjoint pouvait mettre à sa libéralité la condition que le bénéficiaire ne se remarierait pas ; cette clause nulle d'après la loi Papia dans le cas où elle était insérée par un tiers avait pour notre hypothèse était déclarée valable par la loi Julia Miscella. Le conjoint survivant devait alors fournir la caution mucienne destinée à garantir à l'héritier la restitution du capital et des fruits pour le cas où il ne respecterait pas la volonté du testateur (Nov. XXII, c. 43). Cette condition était tenue *pro non scripta* lorsque dans l'année de la dissolution du mariage, l'époux survivant jurait que s'il se remariait, c'était uniquement *liberorum quærendorum causa*. Justinien avait tout d'abord remis en vigueur dans notre hypothèse les anciennes dispositions de la loi Papia annulant cette condition, (1, 2, 3 *Cod. de vid.*) ; mais dans la nouvelle XXII, c. 43 et 44, il rapporte son précédent rescrit et décide que dans tous les cas elle sera observée.

Nous terminerons cette section par une énumération succincte des diverses formes de legs usitées entre époux, et contenus principalement dans le testament du mari. Aux yeux des anciens romains c'était un devoir pour celui-ci d'assurer à la veuve une existence digne et facile,

c'est la compensation du rôle humble et effacé que la femme a dû tenir au point de vue juridique tant qu'a duré le mariage. Mais ce devoir c'étaient les mœurs non les lois qui l'imposaient au mari ; celles-ci lui donnaient dans la faculté de faire un testament le moyen de l'accomplir (Esmein. *Le testament du mari et la donation propter nuptias* N. Rev. hist. de droit dr. fr. et étr., 1884).

Le testament du mari a au bas empire perdu en grande partie l'importance qu'il avait pour la femme. Il n'en est plus guère question dans les constitutions du v^e et du vi^e siècle ; le legs d'usufruit seul semble encore quelque peu usité ; du moins le Code de Justinien lui consacre un titre (Liv. V, tit. 10) qui, il est vrai, ne renferme qu'une constitution. Il n'en était pas ainsi à l'époque classique ; M. Esmein (p. 12) donne d'intéressants détails sur le legs du *mundus muliebris*, c'est-à-dire de tous les objets qui dans le ménage ont été acquis pour l'usage particulier de la femme (7, § 1 ; 18 ; 31 pr. XXIV, 1), des *parata* ou cadeaux faits par le mari à la femme au cours du mariage qui servait à confirmer les donations inefficaces, sur le legs d'usufruit qui devait être fréquent, à en juger d'après le nombre des fragments du titre du digeste relatifs à ce cas particulier (il y en a 13 sur 43). Le testateur déterminait souvent la durée de l'usufruit qu'il concédait ; il stipulait par exemple qu'il cesserait lorsque les enfants du mariage auraient atteint un certain âge (32, § 4 : 37 *de us. et usuf.*).

Le legs de la dot que nous trouvons encore sous Justinien présente une application intéressante du legs de créance fait par le débiteur à son créancier ; son

utilité était évidente lorsque le mari gardait la dot tout au moins dans certains cas ; il peut être avantageux pour la femme même lorsque la dot fut devenue toujours restituable, sauf pacte contraire. Il pouvait porter sur la dot considéré comme universalité (*legatum dotis*) ou sur des objets individuellement déterminés devant tenir lieu de dot (*legatum pro dote*, 2 pr. 661 ; XXXIII, 4). Le *legatum dotis* donne toujours droit à la valeur exacte de la dot, mais à cette valeur seule ; il est caduc si la dot périt.

La femme à laquelle le mari a légué sa dot peut toujours demander la délivrance de son legs dès le jour où l'héritier institué a fait adition ; si la dot est mobilière elle n'a le droit d'en exiger la restitution par l'action de dot qu'un an après le décès du mari (L.unic § 7 Cod. de *Rei ue.* V. 13 ; 1 § 2 de dot. præleg XXXIII 4).

Nonobstant l'hypothèque générale sur les biens héréditaires accordée par Justinien pour garantir l'exécution du legs, en remplacement de la *missio in possessionem* que permettait l'ancien droit, l'action de dote est à cet égard préférable à la *condictio ex testamento* ; Justinien qui mérita le titre d'*uxorius imperator* avait sauvegardé la créance dotale d'une manière excessive. La réduction de la loi Falcidie n'atteint jamais le legs de la dot (57, XXXV, 2) car l'héritier serait tenu de la payer comme une dette du défunt. Le legs serait nul si la dot devait être restituée au constituant ; la femme serait pourtant admise à prouver que le testateur a eu l'intention de lui laisser une valeur égale à la dot ; les héritiers du mari devraient lui en faire compte (11, de dot. præleg.).

Si le mari léguaît la dot qu'il n'a pas encore reçue il ferait un legs de libération ; la femme pourrait exiger que les héritiers lui fassent acceptilation ; la *condictio ex testamento* n'est pour cela guère plus utile que l'action *rei uxoriæ* (3, § 3 de *lib leg.* XXXII, 3).

Le legs serait valable même si le mari n'avait pas reçu de dot ; il suffit qu'il désigne comme dotaux certains objets ou une certaine somme (Inst. II, 20, § 15). Il est de principe en effet que *falsa demonstratio non peremit legatum* (75, § 1 de *leg.* 1^o). On assimilait au cas où il n'y avait eu de constitution de dot celui où le mari avait restitué la dot au cours du mariage (21 de *leg.* 2^o). Le legs produisait les mêmes effets, n'était valable que si le mari avait indiqué une quotité, spécifié certains biens. Le legs eut valu pour le tout si le mari avait laissé une somme plus forte que celle qu'il devait en réalité.

A l'époque classique, l'édit de *alterutro*, inapplicable au cas où la restitution de la dot était demandée par l'action *ex stipulatu* obligeait la femme légataire de sa dot à opter entre l'action *rei uxoriæ* et le legs ; cette option pouvait être tacite ; ainsi en exerçant l'action *rei uxoriæ* la femme renonçait à tous les legs que contenait en sa faveur le testament du mari. Cette option qui se concevait pour le *prælegatum dotis*, car elle n'était alors que l'application de l'adage *bis de eadem re ne sit actio* était néanmoins d'une rigueur arbitraire. On peut essayer de l'expliquer ; en exerçant l'action *rei uxoriæ* qui imposait au mari une responsabilité légale la femme montre qu'elle n'accepte pas le règlement que celui-ci a fait de ses droits ; il ne serait pas juste de lui permettre de réclamer les avan-

tages contenus dans un testament qu'elle méconnaît. (Esmein, *loc. cit.*, p. 20).

Cujas (op. IX. p. 458) pensant qu'il y avait présomption que le testateur n'a pas voulu permettre le cumul admettait que cette présomption devait tomber devant une intention contraire expressément manifestée. Si le mari, par exemple après avoir institué la femme héritière avec d'autres personnes lui léguait sa dot par préciput. Justinien donnant sur ce point à son action *de dote* les règles de l'action *ex stipulatu* abroge l'édit *de alterutro*, en exceptant cependant le cas où le legs aurait été expressément laissé par le mari comme équivalent de la dot (46 *Solut. Mat*). Nonobstant l'abrogation de l'édit *de alterutro* plusieurs fragments du digeste y font allusion avec évidence (53 *de leg.* 2° ; 6, p. 1 ; XXXVI, 2).

CHAPITRE III

DES CAUSES DE DÉCHÉANCE DES GAINS DE SURVIE.

Nous supposons que la libéralité est régulière en la forme, que le bénéficiaire réunit toutes les conditions requises pour pouvoir la recueillir; il peut arriver cependant qu'il n'en profite pas ou que l'ayant recueillie, il ne puisse la conserver; c'est ce qui se produit lorsqu'il se trouve dans l'un des cas où la loi le déclare déchu. Parmi les causes de déchéance, les unes générales frappent le conjoint comme elles frapperaient tout héritier donataire ou légataire; d'autres lui sont spéciales.

§ 1. — Nous n'avons pas à insister sur les premières; rappelons seulement que parmi les faits qui entraînent l'indignité, les uns constituent des attentats contre la personne ou contre l'honneur du défunt (un époux a volontairement donné la mort à son épouse). Le mari qui tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère est privé de sa succession; quand il s'est montré si cruel vengeur de l'honneur de sa maison, il doit mépriser de se dire héritier de celle qui l'a couvert de honte (38, § 8, *ad leg. jul. de ad.*); d'autres sont des faits de désobéissance grave et offensante à la volonté du défunt; un conjoint empêche son conjoint de tester ou de modifier ses

dispositions testamentaires. L'indignité peut résulter enfin de la volonté expresse ou présumée du défunt; ainsi elle est encourue par l'appelé qui aurait été qualifié d'indigne par le *de cujus*, ou qui aurait tenu contre son auteur des propos injurieux.

L'exercice de la *querela* par les légitimaires lésés dans leurs droits, de l'action paulienne par les créanciers au préjudice desquels des libéralités ont été faites a lieu conformément au droit commun.

Comme causes spéciales nous indiquerons et nous dirons quelques mots sur la répudiation et les seconds mariages.

§ 2. — La répudiation entraînait certaines peines pour le conjoint dont les écarts l'avaient motivée ou qui sans cause sérieuse l'avait signifiée à son époux. Il n'en était pas ainsi à l'origine; alors qu'elle était excessivement rare, ni même dans les premiers temps de l'empire bien qu'à cette époque les divorces fussent devenus très fréquents. Ce n'est que le christianisme qui favorable à l'indissolubilité du mariage fit abolir au bas empire la liberté absolue de divorcer. Une loi célèbre vint en 449 modifier profondément la législation du divorce en édictant des peines et des incapacités contre l'épouse qui abuserait du droit de répudiation ou donnerait à son conjoint un juste motif de rupture.

Le mari perd tout droit à la dot que sa survie lui ferait gagner (8, § 4, Cod. V. 17) et devient incapable d'acquérir les libéralités testamentaires faites par sa femme (49, 6 *de leg.* 3^o); il devait en outre payer à son épouse l'entier montant de la donation nuptiale (2, *C. de*

rep.) ou lui abandonner le quart de ses biens, la nue-propiété en étant réservée aux enfants (nov. CXVII, c. 8).

La femme est déchue de son droit à la donation nuptiale et aux libéralités émanant du mari. Elle encourt de plus une peine pécuniaire : à l'origine le mari retenait une fraction de la dot variable selon la gravité de la faute qui nécessitait la séparation (39. 47 *Solut. Mat.*); depuis Valentinien, elle perd sa dot, et à défaut de dot un quart de son patrimoine, sans que toutefois cette perte puisse excéder 100 *aurei*, que le mari conserve sous la réserve du droit des enfants (Nov., XXII c. 18).

Le divorce n'entraîne aucune déchéance lorsqu'il a lieu par consentement mutuel (*bona gratia*) si les époux font vœu de chasteté; la dot et la donation sont conservées pour les enfants (Nov. CXVII, c. 10); il est probable que le libre accord des parties fixait dans ce cas le sort des gains de survie.

§ 3. — *Des Secondes Noces.*

Le convol dans les premiers siècles de Rome, loin d'être encouragé avait été vu avec défaveur et réprouvé par les mœurs : (Cuq., *loc cit.*, p. 494). Sous Auguste favorisés par les lois caducaires les seconds et subséquents mariages devinrent fréquents. On se mariait pour mériter les récompenses accordées aux *patres* et échapper aux déchéances rigoureuses que les lois papiennes édictaient contre les *calibes* et les *orbi*. Le célibat était considéré comme incompatible avec les devoirs de citoyen. Avec le

triomphe du christianisme les idées devaient changer. Constantin abroge les lois papiennes ; les *calibes* et les *orbi* deviennent aussi capables que les *patres*, qui perdent leurs privilèges. Pour la religion nouvelle l'union est éternelle, et la mort ne rompt pas l'harmonie d'un amour qui doit se continuer au-delà du tombeau. Sans aller jusqu'à prohiber le convol, les pères de l'église le déconseillent ; ils y voient un signe de faiblesse. S'il est préférable de ne se marier qu'une fois, un deuxième mariage est cependant licite. Paul dans certains cas le conseille même aux jeunes veuves. On voit le concile de Nicée (can. 8) condamner une secte d'hérétiques qui prohibait le convol.

Les empereurs chrétiens firent passer dans la législation l'esprit de la nouvelle religion. Leurs lois sont un heureux mélange de garanties pour les mœurs, la famille, la multiplication de l'espèce. Des déchéances furent prononcées contre le conjoint, qui peu fidèle à la mémoire du défunt contractait une nouvelle union. Nous nous occuperons seulement du sort des libéralités faites par le premier époux. L'esprit des diverses constitutions rendues en cette matière est d'en assurer le bénéfice aux enfants communs qu'il laisse. On s'était montré particulièrement sévère pour la veuve qui se remariait sans attendre l'expiration de l'année de deuil. Nous examinerons donc séparément sa situation et celle de l'époux quel qu'il soit qui convoyait à un moment où le convol était licite.

A. — *Convol de la femme avant l'expiration de l'année de deuil.* — C'est l'hypothèse qui avait la première appelé l'attention du législateur,

Fixé primitivement à dix mois, le délai de viduité avait été en 381 porté à douze par une constitution de Théodose I^{er} (2 C. de Sec. Nup.) : en interdisant le convol dans ce délai on avait principalement pour but d'éviter la confusion de part qui aurait pu se produire (11, § 1 de *his qui not.*). Outre l'infamie dont elle fut frappée jusqu'à Justinien, la femme *sui juris* qui enfreignait cette prohibition, perdait la propriété des libéralités reçues de son premier mari, qui, à défaut de successibles, ayant droit à la *bonorum possessio unde decem persona*, étaient attribuées au fisc (nov. XXII, c. 22).

Dans la Novelle XXII, c. 16, Justinien fixa à douze mois pour la femme divorcée la durée du délai de viduité qui jusqu'à lui avait souvent varié; si elle se remariait avant l'expiration de ce délai, elle perdait les libéralités qu'elle avait conservées.

Le droit canonique n'avait pas reproduit cette prohibition; les déchéances spéciales au convol trop prompt de la veuve s'y trouvent supprimées.

Introduite pour des raisons d'utilité pratique, pour couper court à des difficultés possibles sur la paternité, cette prohibition eut bientôt d'autres motifs; on invoqua la morale, les convenances; *feminis lugere honestum est*; il semblait peu bienséant que la veuve oubliât trop vite la mémoire de son mari. On devait dès lors lui interdire non plus seulement le convol, mais à plus forte raison les liaisons coupables.

Aussi, la voyons-nous si elle a mené une vie impudique dans l'année de deuil ou accouché plus de onze mois après la mort de son mari frappée des mêmes déchéan-

ces que si elle se remariait (39 Cod. *de mul. qua pep.*) elle perd la donation *propter nuptias* et toutes libéralités qu'elle a reçues de son premier mari.

b) *Convol en général.* — Ce n'était pas assez de forcer la femme à conserver une viduité annale; il fallait envisager les secondes noces dans leurs effets quant aux enfants du premier lit, trop souvent oubliés et sacrifiés. Théodose le Grand avait songé le premier à sauvegarder leurs intérêts. Ce fut le but de la constitution *feminæ quæ*, bientôt généralisée, en 444 par la constitution *generaliter*. Ces lois faisaient des biens compris dans la libéralité laissée par le conjoint prémourant une sorte de fidéicommiss légal en faveur des enfants; ils sont appelés sous la condition suspensive de leur survie; la restitution leur est garantie par une hypothèque tacite sur les biens de leur père ou de leur mère remarié (68, 2; 8, §4, *de Sec. nupt.* Salvandy, *loc. cit.*, p. 62). Ces dispositions ne sont donc pas des dispositions pénales: elles ont surtout pour but la protection des enfants. Aussi le conjoint prédécédé ne peut par son testament dispenser le survivant des déchéances que lui ferait encourir le convol (Nov. XXII. c. 2, § 1, Puchta *lehr.*, § 428).

Nous rechercherons à qui et au profit de qui est imposée cette obligation de conserver en cas de convol les gains de survie du premier mariage, et quels en sont les effets.

1° La constitution *feminæ quæ* (3 Cod V, 91) ne parlait que des femmes; l'influence qu'acquerrait sur la veuve qui convolait le nouveau mari faisait craindre qu'elle ne fût trop disposée à dépouiller sur ses conseils les

enfants de sa première union. Le danger avait semblé moins grand lorsque c'était le mari veuf qui convolait; on le supposait plus capable de résister à des sollicitations pressantes; l'entraînement pouvait cependant être aussi fâcheux. Il était de plus injuste de lui laisser la pleine propriété de biens qui se partageraient ainsi entre tous ses enfants indistinctement et profiteraient même à ceux du nouveau mariage qui sont des étrangers pour la donatrice prédécédée. Aussi en 444 Théodose II et Valentinien III étendirent aux veufs les dispositions de la constitution *feminæ quæ* (5 Cod. V. 9.). Justinien les déclara applicables aux époux divorcés même *bona gratia* (Nov. XXII, c. 30).

C'est pour les enfants du premier lit que le conjoint qui se remarie doit conserver ses gains de survie. Pour en bénéficier, il suffisait d'après la constitution *generaliter* qu'ils fussent héritiers du conjoint prédécédé; il n'est pas nécessaire qu'ils acceptent la succession du survivant remarié. La Novelle XXII, c. 26, les leur réserva, alors même qu'ils ne seraient héritiers d'aucun de leurs parents (*non perscrutamur utrum heredes existant aut præmorientis parentis aut secundi morientis*); soit qu'ils acceptent la succession de leurs père et mère, soit qu'ils la répudient, ils profitent du privilège qui leur est reconnu. Les descendants d'un enfant prédécédé le représentent, mais seulement s'ils sont ses héritiers; il n'est pas nécessaire qu'il se portent héritiers de leur aïeul ou aïeule. Si un enfant décède sans postérité, l'époux survivant prendra la part qui aurait été convenue entre lui et le donateur pour le cas d'*orbitas* (8 pr. 11 Cod. V. 9). Les enfants sont déchus de

leur nue-propiété s'ils sont ingrats (Nov. XXII, c. 26) ; sont considérés comme ingrats ceux qui se sont rendus coupables envers le parent prédécédé d'un acte entraînant l'exhérédation.

Le conjoint survivant remarié ne peut s'il y a plusieurs enfants attribuer à l'un d'eux à l'exclusion des autres les biens réservés, *quoniam omnibus simul secundis nuptiis fecit injuriam* dit Justinien dans la nouvelle II, c. 1, pour expliquer le changement qu'il apporte à la législation en vigueur jusqu'à lui, telle qu'elle résultait de la constitution *feminae quæ*, d'après laquelle la veuve convolant était libre de conserver pour quelques-uns ou un seul de ses enfants les *lucra nuptialia* dont elle perdait la nue-propiété. La nouvelle XXII, c. 25, confirma la nouvelle II et maintint entre tous les enfants une égalité rigoureuse.

C'est à tous les gains de survie quels qu'ils soient que s'appliquent les constitutions précitées. D'après une constitution de Théodose I et Valentinien (*L. unic. Cod si sec. nupt.* V. 10) la veuve qui se remariait perdait l'usufruit que lui avait laissé son mari. La nouvelle XXII, c. 32, abroge cette disposition rigoureuse qui n'avait pas de raison d'être, puisque le convol, lorsque la libéralité était en pleine propriété ne faisait perdre que la nue-propiété, mais laissait la jouissance. Toutefois Justinien veut que la volonté du donateur soit respectée, s'il a mis comme condition à sa libéralité que l'usufruit fera retour à la nue-propiété en cas de convol du donataire. En l'absence de cette clause, le convol ne porte aucun préjudice au conjoint qui n'a reçu qu'un usufruit.

2° Tant que vit le conjoint remarié les enfants ne sont

propriétaires que sous la condition de leur survie ; ils n'auront eu aucun droit s'ils prédécèdent. Le conjoint est propriétaire sous la condition suspensive du prédécès de tous les enfants. Il a la jouissance, il ne peut disposer.

a) La jouissance lui reste dans tous les cas. La femme cependant ne peut se faire mettre en possession des meubles et en jouir que s'ils existent effectivement dans la succession du mari, et à charge de donner caution, pour en assurer la restitution ; si non elle n'aurait que le droit de réclamer les intérêts de leur valeur estimative fixés à 4 0/0 6, (1 C. de Sec. N. N. 22, c. 45). Si la libéralité consiste en argent, les enfants gardent le capital pourvu qu'ils promettent avec caution d'en payer les intérêts (Nov. II, c. 4).

b). Il ne peut aliéner au détriment des enfants du premier lit auxquels ils sont réservés les biens compris dans les libéralités du premier époux.

Les enfants conservent le droit de revendiquer les biens aliénés (Puchta, p. 4, 28) ; les aliénations sont révoquées quoique antérieures au convol. Toutefois, la validité reste en suspens jusqu'au décès du conjoint ; elles sont maintenues si à ce moment tous les enfants du premier mariage sont prédécédés sans laisser de descendants ; elles sont résolues par cela seul qu'un enfant ou les descendants d'un enfant prédécédé survivent à l'époux remarié (Nov. II. c. 2). Cette nouvelle fut complétée par la nouvelle 22, c. 26 pr., d'après laquelle l'aliénation est valable si tous les enfants sont prédécédés sans postérité, nulle si tous survivent ou si les prédécédés laissent des descendants. Si quelques-uns seulement meurent sans

postérité, l'époux survivant remarié prend la part convenue entre lui et le donateur pour le cas d'*orbitas*, *quantum ex pacto non existentium liberorum adqui rebatur*), l'aliénation serait valable jusqu'à concurrence de la portion par lui recueillie.

Le conjoint qui ne se remariait pas pouvait avant Justinien enlever par une institution d'héritier les *lucra nuptialia* à ses enfants (8, p. 2, Cot. V, 9). La novelle XXII, c. 20, exigea que pour cela il les attribua à d'autres personnes par une disposition expresse, sinon ils étaient partagés entre tous les enfants; ils ne pouvaient être laissés à l'un d'eux au préjudice des autres qu'en vertu d'une stipulation expresse.

La novelle 98 lorsqu'il y avait des enfants communs, était venue restreindre à une simple jouissance le droit du conjoint même non remarié sur les *lucra nuptialæ*; un usufruit avait semblé suffisant pour assurer sa subsistance; et atteindre le but que les époux se proposaient; elle attribuait aux enfants une hypothèque légale sur les biens de leur parent usufruitier. Cette novelle avait le tort de ne faire aucune distinction entre le conjoint fidèle au souvenir de celui qui n'est plus, et l'époux trop vite consolé et oublieux. Aussi fut-elle bientôt modifiée; la novelle CXXVII, c. 3, attribue en pleine propriété au conjoint survivant une part des gains nuptiaux égale à celle de chacun des enfants; il a la jouissance du surplus. Mais s'il convole il perd la nue-propriété de sa part virile; elle rétablit ainsi une différence qui n'aurait pas dû cesser d'exister.

Nous avons successivement passé en revue les divers gains de survie usités dans le dernier état de la législation romaine, nous avons vu quelle est leur origine, leur but, comment le bénéficiaire peut en être privé. Nous pouvons après ce rapide coup d'œil conclure que la prévoyance des législateurs du bas empire avait été plus grande que celle des rédacteurs du Code civil ; sans doute dans l'ordre des dévolutions *ab intestat*, le conjoint venait au dernier rang ; mais pour le cas où elle était sans ressources, où l'intervention du législateur était nécessaire, Justinien avait suffisamment pourvu à la situation de la veuve ; la quarte, commune d'abord aux deux époux, aurait dû être maintenue en faveur du mari ; les jurisconsultes de nos pays de droit écrit le comprirent et en l'adoptant en étendirent le bénéfice au survivant quel qu'il soit. A côté des droits légaux, une grande diversité de stipulations conventionnelles suppléait à l'insuffisance des premiers et suffisait à tous les besoins ; les conventions créant des droits de survie étaient fréquentes entre époux ; ils avaient là un procédé bien simple pour réparer l'inégalité de fortune qui pouvait exister entre eux ; l'habitude qu'ils avaient d'en user les empêchait de souffrir de l'insuffisance des gains légaux.

Nous verrons avant de faire connaître les dispositions de la loi récente sur cette matière que jamais peut-être législation ne fut plus riche en droits de survie que celle de notre ancienne France. Au nord, comme au midi, surtout en faveur des veuves, on avait su sagement concilier les intérêts opposés de l'époux survivant et de la famille du prédécédé.

DROIT FRANÇAIS

DROITS HÉRÉDITAIRES

DU CONJOINT SURVIVANT

Nous diviserons notre étude en trois parties : dans la première nous ferons connaître les précédents historiques ; nous étudierons la genèse de la loi de 1891 ; dans la deuxième, nous rechercherons quelle situation cette loi fait à l'époux survivant ; dans la troisième, nous verrons comment les droits qu'elle accorde doivent se combiner avec ceux qui résultent de lois antérieures, des conventions matrimoniales, d'un contrat d'assurance sur la vie.

PREMIÈRE PARTIE

Précédents, travaux préparatoires.

Nous ne referons pas l'histoire des gains de survie du conjoint; des ouvrages remarquables, notamment le mémoire de M. Boissonade couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques donnent sur les origines germaniques et sur l'ancien droit d'intéressants détails. Il est cependant nécessaire de faire succinctement connaître la législation de notre ancienne France. Ce sera l'objet d'un premier chapitre; le second sera consacré à un rapide résumé du droit intermédiaire, le troisième à l'étude de la législation depuis le Code civil jusqu'en 1891.

CHAPITRE PREMIER

L'ANCIEN DROIT.

Les gains de survie étaient nombreux dans l'ancienne France : les uns étaient communs aux deux époux; les autres spéciaux, soit au mari, soit à la femme. Le sort de la veuve, dont on se préoccupait surtout, était plus particulièrement garanti par le douaire légal.

Comme ces gains de survie n'étaient pas les mêmes dans les pays coutumiers et dans les pays de droit écrit il nous faudra exposer successivement l'état des deux législations. Les avantages usités dans les pays coutumiers étaient connus sous le nom de conventions matrimoniales; chacune de ces conventions avait un nom particulier. Dans les pays de droit écrit on les appelait gains nuptiaux ou de survie.

Non seulement ils différaient dans les deux législations qui régissaient l'une la France du nord, l'autre les provinces méridionales : mais chaque province, souvent chaque ville avait ses usages particuliers. Il est cependant à remarquer que les coutumes les moins favorables accordaient au conjoint survivant, soit un droit de propriété, soit un simple usufruit (Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux et de survie*, p. 3).

Le droit de succession *ab intestat*, là où il était admis, était régi par les mêmes principes. Aussi nous lui consacrerons un paragraphe spécial.

SECTION I

La succession ab intestat.

A l'époque féodale on voit la femme mariée, du moins l'épouse roturière, succéder *quelquefois* à son mari à l'exclusion des enfants communs. Cette anomalie qui ne se retrouve dans aucune *autre législation* apparaît dans les assises de Jérusalem (1). « Nul n'est si droit héritier au mort comme est la femme épouse. » Mais les établissements et les coutumiers de cette période sont muets sur cette succession ; on peut conclure de ce silence que peut-être à l'époque purement féodale le seigneur excluait le conjoint survivant de la succession du prédécédé ; un tel système semble bien vigoureux ; il est conforme à l'esprit de la féodalité et paraît résulter d'une décision de Loysel (règle 341) qui appelle à la succession d'un bâtard marié mort sans enfants le seigneur haut justicier. Toutefois les époux pouvaient facilement modifier l'ordre successoral. Des diplômes parvenus jusqu'à nous prouvent que souvent la femme était préférée aux enfants et quand cette préférence n'est pas absolue, la veuve a toujours au moins la moitié de la succession.

1. *Cour des bourgeois*, 185, 186.

L'étude des lois romaines vint faire cesser toutes les incertitudes et les divergences existant sur cette matière ; on leur emprunta la *bonorum possessio unde vir et uxor*, que favorisait d'ailleurs le régime de communauté devenu à peu près général aux ^{xii}^e et ^{xiii}^e siècles.

Dans les provinces qui suivaient le droit romain la succession entre époux était restée à peu près ce qu'elle était dans le dernier de la législation sous Justinien. A défaut de parents légitimes les deux conjoints se succédaient réciproquement sans condition de pauvreté. Le survivant recueillait le patrimoine entier du prédécédé ; il excluait les bâtards ; il ne perdait pas en se remariant les biens par lui recueillis.

Il y a là une vraie succession qui ne diffère en rien des autres, dit Roussilhe (*Traité de la dot*, éd. Sacaze, p. 450).

La quarte accordée au conjoint pauvre venait dans une certaine mesure corriger ce que la loi pouvait avoir de défectueux en n'appelant le conjoint qu'à un rang aussi éloigné.

A aucune époque cette quarte ne fut admise dans les pays de coutumes ; mais le partage de la communauté qui avait existé entre les époux faisait acquérir au survivant une partie des biens du prédécédé ; le grand nombre de gains de survie accordés aux époux avait rendu inutile la modification de la théorie romaine ; la *bonorum possessio* généralement acceptée fit toujours venir le conjoint au dernier rang des successibles. Toutes les coutumes cependant ne l'avaient pas admise. On peut à cet égard les diviser en trois groupes. Quelques-unes, parmi lesquelles la coutume de Bourbonnais (art. 321) préférèrent le fisc au

conjoint ; d'autres l'excluent aussi, mais sans le dire expressément, en appelant à défaut d'héritiers le seigneur haut justicier à recueillir la succession (1).

Dans un deuxième groupe nous ferons rentrer les coutumes qui reconnaissent formellement la vocation héréditaire du conjoint. Ainsi l'article 299 de la coutume de Poitou était très net : « Où il n'y a lignager capable de succéder, la femme succéderait au mari et le mari à la femme, plutôt que les biens soient dits vacants. » On trouve une disposition semblable dans la coutume de Berry (Tit. IX, art. 8).

Enfin un certain nombre de coutumes, entre autres celle de Paris, dont les dispositions formaient le droit commun de la France et d'Orléans étaient muettes ; elles n'adoptent ni ne rejettent la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Les auteurs pensaient que dans le silence de la coutume il fallait l'admettre (2).

Le conjoint dans les coutumes des deux dernières catégories excluait le fisc ; il n'était pas comme aujourd'hui primé par les parents naturels auxquels on ne reconnaissait aucun droit de succession. Était-il un véritable héritier ? La raison de douter venait de ce qu'il ne succédait que d'après la volonté présumée du défunt. Ce n'est qu'à défaut du lien de consanguinité, seul fondement naturel des successions régulières qu'il peut arriver, disait Domat. Pothier croit cependant que la succession

1. Normandie, 146 ; Anjou, 268 ; Maine, 286.

2. Pothier, introd. au titre XVII de la coutume d'Orléans, sect. IV, § 2. Laurière ; sur Loysel, nn. 339 et 340.

unde vir et uxor est une vraie succession qui ne diffère en rien des autres ; le droit de succéder à défaut de parents est un effet civil du mariage. Le survivant qui succède à ce titre est un véritable héritier... *Il a donc la saisine* de tous les droits actifs et passifs du défunt dès l'instant de sa mort ; il est tenu des dettes comme tout héritier (1). Il y a toutefois une différence entre cette succession et la succession légitime ; les immeubles recueillis par un époux dans la succession de son conjoint ne forment pas des propres, car il ne viennent pas d'un parent.

Seuls, les mariages susceptibles de produire des effets civils peuvent donner naissance au droit de succession. Si le mariage à cause de la bonne foi des parties ou de l'une d'elles produit certains effets, quoique entaché de nullité le conjoint de bonne foi succède à l'autre. Lebrun (*Succ.*, I, ch. 7, n. 20) à tort selon Pothier refusait le droit de succéder à la femme séparée de corps.

SECTION II

Gains de survie des pays coutumiers.

Grande était leur variété. Les uns étaient légaux ; les autres conventionnels. Ceux que la coutume accordait de plein droit au survivant des époux pouvaient être par eux modifiés.

Le régime matrimonial usité dans ces pays était la

1. Lebrun, *Successions*, I, c. 6.

communauté; elle existait déjà du temps de Beaumanoir qui lui consacre quelques explications dans son chapitre des Sociétés (*Compagnies*; ch. XIII). Ses origines ont soulevé de vives controverses; qu'elle vienne des sociétés taisibles de serfs usitées au moyen-âge, qu'elle ait déjà existé dans les lois germaniques, comme pourraient le faire croire certains textes de la loi ripuaire, d'un capitulaire de Louis le Pieux, deux formules de Marculfe, peu nous importe. La femme n'a pas de droits aussi étendus que le mari, qui est seigneur et maître des biens communs, disaient les anciens auteurs. Elle est cependant une associée, et son droit prend naissance au jour même de la célébration du mariage, non au moment de sa dissolution, ainsi que semblerait le dire un passage de Dumoulin : *non est proprie socia; sed speratur fore*, et de Pothier (*Communauté*, n° 3). Sans doute elle est exclue de la gestion des intérêts communs; mais ces intérêts ne laissent pas d'être communs.

Pure de toute convention, la communauté légale ne donne aucun avantage au survivant, en sa qualité d'époux survivant; il la partage avec les héritiers du prédécédé. Il a non pas un droit de survie, mais d'associé. C'est ce que prouve l'introduction en faveur de la veuve de la faculté de renoncer, qui n'appartient pas au mari ou à ses héritiers. Il en était autrement en Angleterre où le droit de la femme sur les meubles et acquêts était un gain de survie, un droit de succession ne prenant naissance que par le prédécès du mari (1).

1. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, édition Esmein, p. 373.

Mais très souvent des conventions venaient modifier en faveur de l'époux survivant les effets de la communauté coutumière ; elles sont encore usitées de nos jours ; le Code civil les réglemeute. On dérogeait aux règles du partage par moitié, en attribuant au survivant la totalité des acquêts, en lui accordant un préciput, en stipulant pour lui un forfait de communauté. La clause de préciput était assez fréquente ; il existait bien un préciput légal sur lequel nous reviendrons ; mais il n'était pas de droit commun ; le préciput conventionnel était avantageux pour les roturiers et pour les nobles qui voulaient modifier la composition de leur préciput légal (1). Il pouvait être stipulé même en faveur de la femme renonçante.

Certaines coutumes accordaient à l'époux survivant l'usufruit de tout ou partie des biens de la communauté. Les établissements de Saint-Louis lui attribuent la jouissance de tous les conquêts, solution que confirme Bouteiller (2), et qu'on retrouve dans les coutumes de Touraine, Maine (Art. 299) et Anjou (Art. 233).

Nous arrivons enfin à l'énumération des gains de survie. La situation de la veuve avait particulièrement éveillé la sollicitude des rédacteurs des coutumes et des jurisconsultes. Parmi les droits qu'on lui reconnaissait, quelques-uns, bien peu importants, il est vrai, ont résisté à la tourmente révolutionnaire ; les rédacteurs du code bien qu'imbus de l'esprit de la loi de nivôse en ont conservé quelques vestiges. Les principaux ont disparus. Le douaire

1. Argou, *Institution au droit français*, II, p. 153.

2. *Somme rurale*, 78.

tel que le concevait l'ancien droit n'avait plus de raison d'être dans une législation qui en matière de succession proclame l'égalité des hommes et des femmes. Il n'a pas trouvé place dans le Code civil; la plupart des autres droits ont eu le même sort.

Nous indiquerons sommairement les principaux caractères du douaire, du préciput légal, des droits de viduité de la veuve, de l'entravestissement.

§ 1. — *Le douaire.*

C'est un secours contre les désastreuses conséquences de la mort du mari, qui selon la naïve expression de Beaumanoir (ch. XIII, n. 1) laisse les femmes toutes esbahies et déconfortées. Nous n'entreprendrons pas son histoire, qui reste encore à écrire; mais nous croyons utile pour l'intelligence de la loi nouvelle de mettre en lumière ses principaux traits.

L'homme contracte en se mariant l'obligation de pourvoir à la subsistance de sa veuve, dit Pothier. Si cette obligation n'existe qu'à la charge du mari, c'est parce qu'elle n'est qu'une juste et faible compensation pour la femme des droits beaucoup plus importants que sa renonciation anticipée à la succession de son père, moyennant une faible dot, un chapel de roses, disent les auteurs, lui faisaient le plus souvent perdre dans sa famille naturelle. Ces motifs n'existent plus aujourd'hui. Les raisons de convenance et d'affection qui ont inspiré le législateur de 1891 s'appliquent au survivant quel qu'il soit; le mari comme la femme ne doit être brusquement plongé dans

la gêne lorsque la mort vient dissoudre l'union terrestre. Aussi la loi nouvelle ne fait-elle aucune distinction entre les époux ; le mari s'il survit est usufruitier au même titre que la veuve.

On fait remonter au droit germanique l'origine du douaire. Il est né d'une heureuse combinaison de la *dos* constituée par le fiancé à sa future épouse, obligatoire dans sa cause, perpétuelle dans sa fin, avec le morgengabe qui dicté par un sentiment de générosité et donné par l'époux à la femme après la première nuit de leurs noces produisait des effets immédiats. Le caractère de ces avantages changea ; d'abord constitués en pleine propriété et sans conditions comme dons purs et simples, les idées féodales reconnaissant à la famille un droit sur le patrimoine immobilier les firent réduire à un simple usufruit. Loin de rester une étrangère, la femme était devenue une associée ; à quoi bon lui reconnaître un droit actuel pendant le mariage sur les biens personnels du mari ; il suffisait d'assurer son sort, quand la mort venant briser le lien conjugal la laisserait réduite à ses seules ressources ; un droit viager remplit admirablement ce but. Mais il ne fallait pas en subordonner l'existence au bon vouloir du mari ; la constitution d'un morgengabe était jadis facultative ; on supprima cette latitude, et le douaire devint comme la dot la condition du mariage ; il dût être constitué au moment des fiançailles. C'est sous l'influence de l'Eglise que vers la fin du VIII^e siècle ou au IX^e s'accomplirent ces transformations(1). Protectrice des

1. Laboulaye, *Condition des femmes*, p. 119 ; Boissonade, *Histoire des droits du conjoint survivant*, n. 167.

faibles, elle se donnait pour mission de pourvoir au sort des veuves ; le prêtre, avant de donner aux époux la bénédiction nuptiale, devait s'assurer qu'un douaire avait été constitué. *Nullum sine dote fiat conjugium*, proclamaient les canons du concile d'Arles ; et les rois avaient fait passer dans leurs capitulaires cette obligation, généralement admise aux x^e et xi^e siècles (1).

C'est, suivant l'opinion courante, une ordonnance de Philippe-Auguste rendue en 1214 qui introduisit en France le douaire légal et le fit porter sur la moitié des immeubles que le mari possédait au jour du mariage. Il était probablement entré depuis longtemps dans les mœurs lorsqu'il fut inscrit dans la loi. A la même époque, le roi d'Angleterre en fixait pour ses sujets la quotité au tiers des immeubles.

Il ne pouvait à l'origine porter sur les fiefs ; il était incompatible avec les charges dont étaient tenus les vassaux ; la douairière n'aurait pu s'acquitter envers son suzerain du service militaire ou du service de justice. L'intérêt du mariage était sacrifié à l'intérêt féodal. Au xiii^e siècle, lorsque les femmes furent admises à la succession aux fiefs la situation devait changer. Le miroir de Souabe, quelques coutumes françaises et normandes nous montrent les fiefs soumis au douaire comme tous les autres biens immobiliers. Selon quelques auteurs l'ordonnance de Philippe-Auguste, à laquelle on fait remonter la création du douaire légal, aurait eu simplement pour but de permettre de le faire porter sur les

1. Beaumanoir, ch. XIII, n. 12, édition.

fiefs. Cette opinion n'est guère admissible, si on se reporte au texte de Beaumanoir, qui presque contemporain de cette décision était à même d'en connaître la portée « devant cet établissement du roi Philippe, nulle femme n'avait douaire fors tel comme il était convenancié. » Qu'est-ce dire, si ce n'est que depuis Philippe-Auguste la femme pouvait avoir son douaire sans convention.

Depuis le ^{xiii}^e siècle le douaire était donc coutumier ou conventionnel (ce dernier était appelé *préfix*). Dans les coutumes qui accordaient de plein droit un douaire à la veuve, aucune stipulation n'était nécessaire pour qu'elle pût le réclamer, mais lorsque la coutume était muette, la femme qui voulait avoir un douaire devait avoir soin de le stipuler dans son contrat de mariage; un règlement pouvait être utile même lorsque la coutume le lui accordait; elle pouvait avoir intérêt en effet à modifier l'assiette ou la quotité du douaire légal: c'est ce qui explique la fréquence du douaire *préfix*.

Voyons sur quels biens portait le douaire coutumier, quelle était sa quotité; quels étaient les droits et les obligations de la douairière; comment il s'ouvrait et s'éteignait; comment la veuve en était saisie; quelles étaient ses garanties.

A. — Le douaire porte sur les immeubles; parmi les immeubles on faisait rentrer les rentes et les offices, ces derniers subsidiairement et seulement en cas d'insuffisance des autres biens. Les immeubles grevés sont d'abord ceux que le mari possédait au jour de la célébration du mariage, au jour des épousailles, disaient les coutumes de Paris (art. 248) et d'Orléans (art. 218), dont il a à ce

moment le domaine utile. On considérait comme remplissant les conditions exigées par la coutume les immeubles aliénés dans l'intervalle du contrat et du mariage ; on voulait éviter ainsi les fraudes de la part du mari ; l'article 1404 Code civil conçu dans le même esprit fait tomber dans la communauté l'immeuble acquis dans les mêmes circonstances.

C'est les immeubles possédés par le mari au jour de la célébration du mariage qui sont soumis au douaire ; c'est dès ce moment en effet que le droit de la femme prend naissance ; il y a dès lors *matrimonium ratum*, disaient les canonistes. Certains auteurs cependant ne le lui faisaient gagner qu'au coucher, parce que, disaient-ils, ce n'est que par la consommation que le mariage est accompli ; c'est ce qu'exprime Loysel (1). Telle était la solution de quelques coutumes (2).

Sont encore affectés au douaire de la veuve les immeubles qui durant le mariage sont échus au mari par succession, don ou legs en ligne directe (3).

Lorsque le mari n'avait aucun immeuble, soit au jour du mariage, soit au jour de son décès, quelques coutumes donnaient à la veuve un *douaire subsidiaire* sur les autres biens mis dans le lot des héritiers du mari. La coutume d'Orléans (art. 221) renferme sur ce point quelques développements. Il ne pouvait s'exercer qu'en l'absence du douaire ordinaire (Pothier, *Traité du douaire*, n° 107).

1. *Au coucher femme gagne son douaire* (Liv. I, tit. 3 ; règle 5 et Dupin).

2. Normandie (art. 367) ; Bretagne (art. 450).

3. *Grand coutumier*, liv. II, ch. 32.

Lorsque le mari n'avait pas d'immeubles propres, il portait sur le quart des conquêts attribués par le partage à ses héritiers. A défaut de conquêts la femme peut prendre en propriété un quart de l'actif net mobilier. La coutume de Bourbonnais lui donnait la jouissance des meubles et conquêts échus aux héritiers du mari (art. 286).

B. — La quotité du douaire était loin d'être uniforme ; chaque coutume pour ainsi dire avait un taux différent, variant dans les unes selon la nature des biens, dans les autres selon la qualité de la veuve. La grande charte, en Angleterre, l'avait fixé au tiers des héritages du mari ; l'ordonnance de Philippe-Auguste à la moitié. D'après les établissements de Saint-Louis (I. 13) les roturières seules auraient eu droit à ce douaire de moitié ; pour les femmes nobles il n'aurait été que du tiers.

Mais Beaumanoir en 1283 dit formellement qu'il est de moitié pour toutes les femmes, sans distinction. Ce chiffre est celui de la coutume de Paris et des coutumes de la région parisienne (Meaux, Melun, 255, Auxerre, 208). En cas de mariages successifs, il n'est plus que du quart pour la deuxième épouse, d'un huitième pour la troisième, etc.

Dans les provinces de l'ouest qui avaient été soumises à la domination anglaise, il était généralement fixé au tiers ; nous trouvons cette quotité dans les coutumes d'Anjou (art. 299), du Maine (art. 313), de Bretagne, de Normandie, d'Amiens. Ailleurs il varie selon la qualité des personnes ; à Tours (art. 326) la veuve noble n'avait droit qu'à la jouissance du tiers des immeubles du mari, tandis que l'usufruit de la roturière portait sur la moitié. A

Calais, on s'attachait à la nature des biens; la veuve avait la jouissance de la moitié des fiefs, du tiers des censives et terres roturières. Ailleurs encore, on le déterminait par relation à la dot apportée par la femme; ainsi en Franche-Comté, elle prenait sur les biens du mari, une valeur égale au tiers de sa dot. En Bourgogne elle avait pour tout douaire une somme déterminée à prendre sur la succession du mari, dont elle était créancière.

C. — Il n'était pas considéré comme une libéralité. C'était une compensation des intérêts de la dot, que le mari avait gagnés. Aussi n'était-il pas soumis à l'insinuation, et ne pouvait-il être réduit en faveur des enfants pour compléter leur légitime (1).

En principe, toute veuve y avait droit, quelque soit sa condition, et le régime matrimonial adopté. Toutefois il n'en était pas ainsi dans toutes les coutumes. Celle de Saintonge (art. 71) ne l'accordait qu'à la femme d'origine noble; il aurait cependant existé au profit de la roturière mariée à un noble. En sens contraire les coutumes du Maine (314) et d'Anjou (300) le refusaient à la veuve noble, pour ne l'attribuer qu'à l'épouse roturière.

Il était présumé viager sauf clause contraire dans le contrat (2). La veuve n'en était qu'usufruitière, à moins que des objets mobiliers ne lui aient été légués à titre de douaire, auquel cas elle en avait la propriété. Elle avait tous les droits d'un usufruitier; Pothier donne à ce sujet de longs détails qui seraient déplacés ici. Elle peut jouir par elle-même ou céder son droit à un tiers; quelques

1. Arrêt du 27 mars 1624.

2 Pothier, *loc. cit.*, n. 124; Anxerre, 213; Sens 178.

coutumes permettaient alors aux héritiers du mari d'exercer le retrait contre le cessionnaire.

Ayant tous les droits d'un usufruitier, elle était tenue des mêmes obligations, à l'égard du suzerain à l'époque féodale : sa jouissance était des plus franchises ; c'est par les héritiers du mari qu'était dû l'hommage ; ce sont eux qui étaient tenus des redevances ; la douairière n'a que les bénéfices : « *libera debet esse dos*, » disait-on. Beaumanoir (ch. XIII, n. 7) donne sur ce point d'intéressants détails. Au ^{xviii}^e siècle la douairière est tenue des charges réelles grevant les immeubles dont elle jouit ; elle doit acquitter les arrérages des rentes perpétuelles ou viagères à la garantie desquelles ils sont affectés. Elle supporte les réparations d'entretien. Pothier (*loc. cit.*, n° 240) admet que les héritiers du mari peuvent être contraints de faire les grosses réparations ; cette question est aujourd'hui très discutée ; l'opinion de Pothier était généralement suivie par nos anciens auteurs de la jurisprudence.

Les coutumes de Paris (art. 264) et d'Orléans dispensaient la douairière de l'obligation de fournir caution ; on se contentait d'un simple serment, de sa promesse de restituer quand cesserait sa jouissance les biens qui en faisaient l'objet. A Auxerre, la caution était toujours exigée ; d'après la coutume de Nivernais il ne devait en être donnée une que lorsque le douaire portait sur de l'argent ou des objets mobiliers (Tit. XXIV ; art. 11).

Il fallait pour déterminer quels biens seraient affectés au douaire procéder à un partage entre la veuve et les héritiers du mari. Après avoir estimé les immeubles, formé la masse à partager, on formait les lots : c'est à la

veuve qu'était confiée cette opération ; mais le choix appartenait aux héritiers. Aussi Loysel, dit-il, très judicieusement : « La veuve lotit ; l'héritier choisit » (*loc. cit.*, règle 22). Cette combinaison ingénieuse empêchait la fraude dans la composition des lots.

Comme tout partage, celui-ci donne naissance à l'obligation de garantie pour celui des copartageants qui subirait une éviction. Lorsque le douaire prend fin, on règle les indemnités qui peuvent être dues par ou à la veuve en raison des améliorations ou détériorations faites aux biens grevés (Pothier, *loc. cit.*, n° 185).

D. — Le douaire étant essentiellement un gain de survie ne s'ouvre en principe que par la mort naturelle du mari ; c'est son prédécès qui fait réaliser la condition sous laquelle l'obligation de le fournir a été contractée. Jamais mari ne paya le douaire, dit Loysel. Il ne peut en être question lorsque les époux ont péri ensemble. La mort civile, conséquences de certaines condamnations, qui a déshonoré notre législation pénale jusqu'en 1854, ne donnait pas lieu d'après quelques auteurs à l'ouverture du douaire. Mais Pothier (1), et la jurisprudence depuis que l'ordonnance de 1747 en avait fait une cause d'ouverture des substitutions, adoptaient l'opinion contraire.

Les coutumes de Normandie, du Maine, du Nivernais permettaient à la femme de demander la délivrance provisionnelle de son douaire en cas de déconfiture du mari, entraînant la séparation de biens. Il n'y avait dans cette

1. Pothier, *loc. cit.*, n. 155.

faculté qu'une mesure de prévoyance, ne changeant en rien la nature de son droit.

Droit de jouissance, droit viager par conséquent, le douaire était soumis aux mêmes causes d'extinction qu'un usufruit ordinaire. Nous ne mentionnons que les causes d'extinction qui lui étaient spéciales ; elles variaient selon les coutumes. L'adultère, judiciairement constaté sur la plainte du mari, entraînait à peu près partout la déchéance du douaire, comme des autres gains de survie. « Au mal coucher la femme perd son douaire. » Le législateur de 1891, modifiant le Code civil, a déclaré déchu de ses droits de succession le conjoint contre lequel a été rendu un jugement prononçant la séparation de corps, il est donc revenu à la solution autrefois admise ; mais nous verrons que cette réforme a été vivement combattue.

Il en était de même pour la femme qui avait sans cause abandonné son mari et n'habitait plus avec lui au moment de son décès (1). La coutume d'Orléans (art. 376) l'enlevait à l'épouse qui n'avait pas assisté son mari malade. Nous n'avons indiqué jusqu'ici que des causes de déchéance, empêchant le droit de la femme de s'exercer ; nous allons trouver des causes d'extinction, mettant fin à une jouissance qui a commencé. On punissait par la perte du douaire, la débauche de la veuve dans l'an de deuil (2).

Sous l'influence de Dumoulin, on avait admis, lors de la rédaction de la coutume de Paris, que le convol ne

1. Pothier, *loc. cit.*, n. 157.

2. Renusson, *Douaire*, XII, n. 17.

serait pas une cause de résolution. On peut s'étonner de trouver cette solution dans une législation si prévoyante, à juste titre, des intérêts des enfants d'un premier lit. Le nouveau mari doit à la veuve qui convole secours et assistance ; elle a un protecteur qui remplace celui qu'elle a perdu, un nouveau foyer, de nouvelles ressources ; la raison d'être du douaire n'existe plus ; pourquoi lui laisser sa jouissance ? Elle était cependant tenue en se remariant de bailler bonne et suffisante caution (coutume de Paris, art. 224) ; sinon elle ne jouira que par mains tierces. Notons que dans la même hypothèse elle perdait son droit d'habitation : elle acquiert le domicile de son deuxième époux qui doit désormais lui fournir le logement ; on ne concevrait pas qu'elle conserve le droit d'habiter une maison que légalement elle ne peut plus habiter (1).

Nous signalerons une disposition originale de la coutume de Bretagne (art. 354) prononçant la déchéance de son douaire contre la veuve qui se remariait avec une personne indigne de sa condition, notamment avec son domestique.

E. — *La veuve avait-elle la saisine de son douaire ?* Les coutumes ne sont pas d'accord sur cette question fort importante. Celle de Paris (art. 256) déclarait la femme saisie de plein droit au moment même du décès du mari ; comme l'héritier elle a la *saisine* légale, c'est-à-dire la possession civile ; elle n'a pas à demander la délivrance aux successeurs du mari. La saisine du douaire était don-

1 Pothier, *Traité du droit d'habitation*, édition Bugnet, n. 28.

née à la veuve dès l'époque féodale (1). Il résulterait de là, qu'elle avait droit aux fruits à compter de la mort du mari ; elle pouvait dès ce moment exercer toutes les actions relatives à son douaire, poursuivre les tiers détenteurs, intenter une action possessoire contre ceux qui les troubleraient dans sa possession, sans être obligée de s'adresser aux héritiers du mari. Mais quelques coutumes ne lui reconnaissaient ces droits que sous la condition qu'elle se mit en possession dans un certain délai (Mantes, Dourdan).

Les coutumes de l'ouest (Normandie, Maine) ne faisaient commencer sa jouissance que du jour où elle avait demandé l'envoi en possession aux héritiers du mari. A Blois la veuve n'avait la saisine que pour le douaire préfix (art. 190).

La saisine, lorsqu'elle était accordée à la douairière, ne la dispensait pas, bien entendu, de procéder au partage avec les héritiers du mari.

F. — Dès le jour du mariage, la femme avait sur les immeubles affectés à son douaire un droit réel ; ils étaient inaliénables entre les mains du mari. Sans doute il pouvait en fait les aliéner ; mais l'aliénation n'était que conditionnelle et résoluble (2). La femme avait contre l'acquéreur l'action en revendication. Dans quelques cas exceptionnels qu'indique Bouteiller (3), elle ne pouvait inquiéter le tiers détenteur, soit parce qu'elle n'y avait pas intérêt, soit

1. Desmares, décision 246 ; *Grand coutumier*, II, 32.

2. Beaumanoir, XIII, 21.

3. Bouteiller, *Somme rurale*, I, 97.

parce que les droits de celui-ci étaient préférables au sien. Elle était tenue de certaines obligations envers l'acquéreur qu'elle évinçait, elle devait lui rembourser son prix d'acquisition, à moins qu'elle n'apportât la preuve qu'il avait exclusivement profité au mari. La prescription ne commence à courir en faveur de l'acquéreur qu'au jour du décès du mari ; la femme ne pouvant agir qu'à ce moment, puisque son action était de nature à réfléchir contre le mari. Les délais de la prescription étaient ceux de droit commun.

Le douaire étant considéré comme une condition du mariage, comme une convention tacite intervenue entre les époux, était comme tous les avantages que le contrat de mariage accordait à la femme sur les biens du mari, garanti par une hypothèque générale sur les immeubles de celui-ci. Douaires ont taiseble hypothèque, disait Loy-
sel (règle 20 ; I, 3) (1). L'hypothèque ne garantissait pas le douaire préfix.

A Paris, l'article 257 de la coutume autorisait le cumul du douaire et du don mutuel fait par le mari (Loysel, règle 150). D'autres coutumes (2) prohibaient ce cumul, et ne laissaient à la veuve que la faculté d'opter ; en prenant le don mutuel elle renonçait au douaire et réciproquement ; elles présûmaient que les parties avaient entendu substituer leur volonté au règlement légal : elles donnaient la même solution pour toutes les donations par contrat de mariage, entre vifs ou testamentaires. Toute-

1. Normandie, 337 ; Reims, 182.

2. Anjou, 310 ; Tours, 337.

fois en optant pour le douaire la veuve pouvait conserver le bénéfice des dons portant sur les meubles et acquêts, qui en raison de leur nature n'étaient pas affectés à sa jouissance. Nous verrons comment se règle actuellement la situation de l'époux survivant qui a reçu du prédécédé des libéralités entre vifs ou de dernière volonté ; le législateur n'a pas admis qu'en se faisant une libéralité, si minime qu'elle soit, les conjoints devaient être présumés avoir voulu écarter le règlement légal ; il a rejeté également la théorie du cumul adoptée par la coutume de Paris ; il s'est arrêté à un système intermédiaire.

La propriété du douaire fut de bonne heure par une sorte de substitution vulgaire réservée aux enfants nés du mariage ; il constitua pour eux une véritable légitime protégée contre les prodigalités des parents qui ne pouvaient ni l'hypothéquer ni l'aliéner à leur préjudice ; cette attribution de la propriété aux enfants n'existait pas encore à la fin du xiii^e siècle ; nous la trouvons mentionnée au grand coutumier (II, 32) ; elle est admise par la coutume de Paris (art. 249) ; dans le silence de la coutume du lieu de situation des biens, les époux avaient toute faculté pour adopter cette clause, dont nous n'avons pas à rechercher les effets. Lorsque les enfants sont propriétaires du douaire de leur mère, en cas de convol du père, la nouvelle épouse ne peut exercer le sien que sur les biens restés libres ; un même héritage ne peut être chargé de plusieurs douaires (1).

Nous avons vu au début de ce paragraphe que toutes

1. Beaumanoir, XIII, 2.

les coutumes n'accordaient pas un douaire à la veuve (1). Il était alors nécessaire que le contrat de mariage contînt une clause expresse lui en donnant un; un règlement conventionnel était utile alors même que plus prévoyante, la coutume organisait un douaire légal; les époux avaient souvent intérêt à en modifier l'assiette ou la quotité, à écarter l'inaliénabilité qui rendait indisponibles les biens grevés; il était convenu alors que la veuve ne pourrait pour son douaire réclamer qu'une somme déterminée, une rente. Si les époux trouvaient insuffisant le douaire légal, ils avaient en général la liberté de l'augmenter. Par exception certaines coutumes (2) n'admettaient pas cette extension. Il est bon, disaient leurs commentateurs, que les lois retiennent l'indomptable passion qui nous aveugle et nous fait faire des actes dont nous nous repentons plus tard. Il est à craindre qu'aiguillonné par l'amour le mari ne soit entraîné à consentir les avantages trop considérables. Il ne faut pas, écrivait Coquille, que le mari lors de la grande chaleur de son amour se dépouille par trop, et laisse ses enfants coquins. C'était on le voit les motifs invoqués par les jurisconsultes romains pour justifier la prohibition des donations entre époux; les idées romaines à mesure qu'elles s'infiltraient dans la jurisprudence entraînaient la restriction des libéralités entre conjoints.

Dès l'époque féodale, la veuve devait opter entre le douaire prefix et le douaire légal, lorsque soit la coutume

1. Citons les coutumes de Marche, 288; La Rochelle, 42. Saintonge, 76, Berry, etc.

2. Auxerre, 212; Tours, 332; Normandie.

(Amiens, 110), soit le contrat de mariage (Paris, 261) lui accordait le choix. Quelques coutumes lui refusaient la faculté d'opter ; elle devait s'en tenir au douaire préfix. Lorsqu'elle avait le choix, elle devait le faire dans un délai, variable selon les lieux (1) ; le choix fait était irrévocable. Pas plus que le douaire coutumier le douaire préfix n'était considéré comme une libéralité, sauf pour l'application de l'édit des secondes noces.

La plupart des auteurs admettaient la validité d'une renonciation ; quelques-uns cependant la déclaraient nulle, comme contraire aux bonnes mœurs (2). Depuis le ^{xvii}^e siècle, la femme pouvait y renoncer dans son contrat de mariage, mais une renonciation postérieure n'aurait pas été valable (3). Cette renonciation devait être expresse ; car le douaire étant considéré comme une condition tacite de l'association des époux, on devait dans le doute présumer qu'ils s'étaient conformés aux dispositions de la coutume.

A côté du douaire, il faut mentionner le *droit d'habitation*, que quelques coutumes accordaient à la veuve ; mais le plus souvent, il en était ainsi à Paris, il devait être stipulé par le contrat de mariage. Il en est déjà fait mention dans les Etablissements de Saint-Louis (I, 16) et par Beaumanoir (XIII, 21). Les coutumes de l'Ouest, de l'Anjou et du Maine en restreignaient le bénéfice à la veuve noble ; généralement il appartenait à toutes les veuves, quelle que soit leur qualité.

1. 40 jours à Sens, 166, et à Troyes, 87.

2. Duplessis, *Traité du douaire*, ch. I.

3. Voir sur ce point Boissonade, *loc. cit.*, n. 247.

L'habitation coutumière était un droit réel, et non une simple créance comme de nos jours. La veuve en jouissait durant sa vie entière, ou quelque temps seulement après la mort du mari. Elle pouvait y renoncer; elle le perdait si elle se remariait (1).

On pouvait modifier par convention les effets de l'habitation légale. Pothier indique les effets des diverses clauses usitées.

Dans certaines coutumes du nord, le *droit de vivelotte* permettait à la femme de jouir de tous les biens roturiers que son mari tenait en censive, s'il restait des enfants du mariage; il était perdu en cas de convol (2). Les coutumes de Hainaut et de Louvain attribuaient à l'époux survivant quel qu'il soit la propriété des meubles communs, et la jouissance des immeubles du prédécédé. Ces statuts locaux assez rares s'expliquent par l'usage fréquent de stipuler les avantages qui étaient devenus légaux.

§ 2. — *Le préciput légal.*

Peu de coutumes accordaient un préciput légal aux époux roturiers; en général il était spécial aux veuves nobles (Paris, 238; Anjou, 283). Aussi il était connu sous le nom de préciput des nobles. C'était pour le survivant de deux conjoints nobles, vivant noblement, le droit de prélever sous certaines charges les biens meubles dépendant de leur communauté. A la différence du douaire, il

1. Pothier, *Traité de l'habitation*, n. 28.

2. Bouteiller, *loc. cit.*, I, 98.

était commun aux deux époux. On avait admis à la suite de longues controverses qu'il s'ouvrait par la mort civile comme par la mort naturelle (arrêt du 2 juin 1549). Ses effets variaient selon les coutumes : nous nous bornerons à reproduire le texte de l'article 238 de celle de Paris (1).

Il ne comprenait ni les créances, ni l'argent (Pothier, *de la communauté*, n° 429) ; le même auteur donne il est vrai une solution contraire dans son *Traité sur le préciput* (n° 38) : cette contrariété d'opinions prouve que la question devait être très controversée.

Le préciput n'était accordé qu'aux époux mariés sous le régime de la communauté. La veuve pour y avoir droit devait accepter la communauté ; elle aurait pu, au contraire, et cette faculté existe encore sous le Code civil, stipuler qu'elle prendrait le préciput conventionnel même en renonçant. L'existence d'un seul enfant, fût-il d'une précédente union, privait l'époux survivant du préciput, si cet enfant se portait héritier de son auteur. L'époux préciputaire devait supporter les dettes et frais d'obsèques du prédécédé.

1. Art 238. Quand l'un des deux conjoints nobles, demeurant tant en la ville de Paris que dehors et vivant noblement va de vie à trépas, il est en la faculté du survivant de prendre et accepter les meubles étant hors la ville et les faubourgs de Paris, sans fraude : auquel cas il est tenu de payer les dettes mobilières, et les obsèques et funérailles d'icelui trépassé selon sa qualité, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfants ; et s'il y a enfants, partissent par moitié.

§ 3. — *Droits de viduité.*

A. — La veuve a le droit de réclamer aux héritiers du mari les frais de son deuil. Elle est obligée de le porter pendant un an (Dig. 8, *de his qui not*). « Il est juste, dit Lebrun, que les héritiers du mari lui fournissent le « triste équipage qui l'avertit des devoirs de son état. » *Nemo debet lugere sumptibus suis* portait déjà la loi romaine. Ces motifs existent également en faveur du mari. Comment donc expliquer la différence que le législateur a toujours faite entre les veufs et les veuves ; si l'on considère les habits de deuil comme une partie des frais funéraires, lesquels sont à la charge des héritiers du défunt, pourquoi ne pas traiter de même l'époux survivant quel qu'il soit ? Les convenances n'obligent-elles donc pas le mari à porter le deuil de son épouse ? Pothier ne voit pas de raisons qui explique cette différence (1). Il n'y en a peut-être pas de bonnes. On pourrait cependant dire que la mort du mari, qui par son travail subvenait le plus souvent aux besoins du ménage, va laisser la veuve dans une pénible situation et la priver brusquement de toute ressource ; on lui vient en aide en lui permettant de réclamer à la succession du mari les frais de son deuil, auxquels elle ne peut peut-être faire face.

Quelques coutumes plus logiques faisaient supporter par les héritiers de la femme les frais de deuil du mari. Il en était ainsi à Dijon.

1. *Traité de la Communauté*, n. 678.

La valeur du deuil se réglait en argent suivant la fortune et la condition du mari. Il était dû même à la femme renonçante ou séparée, qui n'était pas dispensée de l'obligation de le porter. Les frais de deuil étaient considérés comme privilégiés (1). La veuve cessait d'y avoir droit lorsqu'elle se remariait ou vivait impudiquement avant l'expiration de l'année de veuvage. Elle ne pouvait les réclamer lorsque la coutume lui accordait un préciput légal ; le cumul de ces deux avantages n'était pas admis.

B. — Par un sentiment d'humanité et de commisération, on accordait à la veuve jusqu'à la fin de l'inventaire auquel elle devait procéder à la dissolution de la communauté le droit de vivre sur les provisions qui se trouvaient dans la maison à la mort du mari, sans que les héritiers de celui-ci pussent lui en demander compte (2). Ils lui devaient le logement durant le même délai. Nous retrouverons ces droits dans le Code civil ; nous verrons que la veuve en cumule aujourd'hui le bénéfice avec celui de son usufruit légal.

On ne peut considérer comme constituant des gains de survie les droits reconnus par certaines coutumes à la femme qui renonçait à la communauté. Le grand coutumier (Liv. II, ch. 4) en fait déjà mention ; la femme, y est-il dit, ne doit pas s'en retourner nue. Elle a le droit de reprendre son commun habit de chaque jour et le lit où elle couchait habituellement. Bouteiller (3) se montre plus

1. Merlin, *Répertoire*, V. *Deuil*, § I, 8.

2. Pothier, *Com.*, n. 569 et 570.

3. *Somme rurale*, I, 98.

favorable. Du temps de Pothier elle peut prendre un habillement complet. La coutume de Tours (art. 293) était particulièrement généreuse; elle lui permet de prendre un lit garni, des heures et patenotres. Ce droit était accordé à la femme renonçante, quelle que soit la cause de dissolution de la communauté.

Ces différents droits pouvaient être réclamés cumulativement avec le douaire. Ils sont en général spéciaux aux veuves. La coutume de Normandie (art. 382) nous en offre un qui était particulier aux veufs. L'époux non remarié qui a un enfant né vif, « qui a crié ou bret, dit Bouteiller, conserve la dot de sa femme »; ce droit est connu sous le nom de *droit de veuvage*, on sait qu'en Normandie, de même que dans les provinces méridionales, le régime dotal était surtout usité. Notons en passant une autre disposition particulière à cette coutume. La femme avait droit en qualité d'héritière à une portion des biens du mari, avec faculté de renoncer dans un délai déterminé (art. 329, 330).

§ 4. — *L'entravestissement.*

Le gain de survie qui portait ce nom singulier, et qui va clore notre rapide énumération, était commun aux deux époux; connu aussi sous le nom non moins bizarre de rvestissement, c'était, dit Merlin, un avantage que certaines coutumes des Pays-Bas donnaient au survivant des époux, sans le concours de leur volonté, ou une donation universelle et réciproque qu'il leur était per-

mis de se faire. Le premier, appelé entravestissement du sang, était accordé aux conjoints qui avaient eu de leur union un ou plusieurs enfants ; les conditions variaient selon les coutumes ; elles exigeaient généralement que les époux soient communs en biens. Il y avait de grandes divergences sur ses effets, et la détermination des biens qui y étaient soumis. A Cambrai on en excluait les fiefs et les meubles. Le plus souvent il conférait la propriété incommutable de tous les meubles communs ; le conjoint entravesti pouvait donc disposer irrévocablement et sans emploi des biens par lui recueillis. En cas de convol toutefois, il devait en laisser la moitié aux enfants du premier lit.

En l'absence d'enfants, soit que l'union ait été stérile, soit que ceux qui en sont issus soient prédécédés, il était permis aux époux de se consentir un entravestissement par lettres, présentant une grande analogie avec le don mutuel. (Merlin. *Entrav.*, Sect. II, §. 1), dont les effets sont semblables à ceux du premier ; il pouvait exister sur les meubles sans porter sur les immeubles, et réciproquement. A la différence du don mutuel il donnait au conjoint survivant la propriété des biens qu'il comprenait.

§ 5. — *Combinaison de ces divers droits avec les avantages conventionnels*

En présence de ce grand nombre de gains de survie, le besoin de clauses conventionnelles se faisait moins sentir que dans notre législation. Il n'entre pas dans notre plan d'étudier les divers procédés employés pour modifier

les droits légaux. M. Boissonade l'a fait avec beaucoup de soin dans son savant ouvrage. Rappelons seulement que soit par contrat de mariage, soit durant le mariage les époux pouvaient restreindre ou augmenter les avantages que la coutume leur accordait de plein droit. On voyait dans les avantages résultant du contrat de mariage, des conventions entre associés et non des libéralités ; on avait voulu en 1708 les soumettre à l'insinuation ; mais la nullité qui était la sanction de cette formalité souleva de vives protestations ; un édit de 1729 confirmé par l'ordonnance de 1731 (art. 21) revint sur cette rigueur ; l'omission de l'insinuation n'entraîna plus que des peines pour les conjoints négligents.

Par le contrat de mariage, les époux pouvaient se faire donation de leurs biens propres. Mais cette faculté cessait d'exister dès que le mariage était célébré ; on était revenu à l'ancienne prohibition romaine, qui était étendue aux avantages de toutes sortes que les conjoints peuvent se faire, ou qui peuvent résulter même indirectement des rapports d'une vie commune.

Elle apparaît dès le ^{xiii}^e siècle ; les assises défendent au mari de faire une donation à sa femme depuis qu'il l'a prise ; il ne peut lui donner que par testament ; rien n'est dit pour la femme ; mais les Établissements de Saint-Louis (I, 114,) lui dénie le droit de rien donner à son mari ; la prohibition était sans doute commune aux deux époux ; car ces deux textes appartiennent à des époques trop voisines pour exprimer deux états successifs de la législation.

Les coutumes étaient loin d'être d'accord sur l'étendue

de la prohibition ; celle de Normandie, la plus rigoureuse ne tolérait même pas le don mutuel, admis à Paris (art. 282) et à Orléans, où on défendait toute autre libéralité ; d'autres permettaient les libéralités testamentaires ; ailleurs on admettait les donations à cause de mort, et on appliquait la théorie romaine aux donations entre vifs, qui pouvaient être confirmées par le prédécès du donateur (1). Dans l'Angoumois les libéralités entre vifs, même irrévocables étaient licites. En Auvergne, le mari seul pouvait disposer en faveur de sa femme (2).

Les variétés de don mutuel étaient fort nombreuses ; Pothier en compte jusqu'à huit, nous n'avons pas à les étudier. Tel qu'il était autorisé par la coutume de Paris, il peut être défini une convention faite entre deux époux depuis le mariage, en vertu de laquelle ce survivant doit jouir durant sa vie de la moitié des meubles et conquêts attribués par le partage aux héritiers du prédécédé. Un gain de survie en usufruit, égal et mutuel était admis à l'époque féodale (Desmares ; déc. 235) qu'il y ait ou non des enfants du mariage. La coutume de 1510 subordonna sa validité à l'inexistence d'enfants. Irrévocable et supposant une égalité absolue quant à la valeur et quant aux chances de survie de chacun des conjoints, il constituait plutôt une convention aléatoire qu'une véritable libéralité. Chacun des contractants avait les mêmes chances de gain et les mêmes risques de pertes. *Aussi la veuve pouvait-elle le cumuler avec son douaire.* (Paris 257 ; Denizart. *Don mutuel*, n° 34).

1. Toulouse ; La Rochelle, 149.

2. Merlin ; *don mutuel*, § 1, 3.

A l'inverse de l'ancien droit le code civil permet aux époux de se faire toutes sortes de libéralités : elles sont essentiellement révocables : il prohibe le don mutuel (art. 1097) ; le montant des libéralités faites au survivant doit s'imputer sur son usufruit légal.

Les époux pouvaient dans le contrat de mariage de leurs enfants se faire un don mutuel soumis à des règles particulières ; l'enfant doté s'engageait à ne pas demander au conjoint survivant le partage des biens communs ; il perdait sa dot dans le cas où il violait sa promesse ; cette clause lui procurait la jouissance de la part des enfants dans la communauté ; elle ne pouvait se trouver que dans le contrat de mariage des enfants. On la permettait dans le but d'encourager les parents à les marier. (V. Boissnade, *loc. cit.*, n° 333).

Une coutume locale de celle de Blois (1), renfermait sur le don mutuel une disposition qui rappelait la théorie admise à Rome avant le sénatusconsulte de Septime Sévère ; le don pouvant porter sur la propriété des biens communs et l'usufruit des propres devait être confirmé par un testament mutuel.

SECTION III

Gains de survie dans les pays de droit écrit.

Dans les provinces régies par le droit romain, le régime dotal, base de l'association conjugale, au lieu d'unir les

1. *Coutume de Dunois*, art. 68.

intérêts des deux époux, les maintient soigneusement séparés. Si le mari augmente sa fortune, la femme ne prend aucune part de cette augmentation. On traite la dot comme le patrimoine d'un incapable ; pour empêcher qu'elle ne se perde, on la frappe d'immobilité. Quels que soient les changements survenus dans la fortune des époux, quelles que soient les vicissitudes de la vie conjugale, il faut que la dot se retrouve dans son intégrité primitive. Tel est le principe, tel est le but du régime dotal. On avait réduit les droits du mari sur la dot à la mesure d'une administration limitée et d'une simple jouissance. Il est encore la règle pour les familles riches dans nos provinces méridionales. En considération de la dot qu'elle apporte la femme avait en cas de survie un droit sur les biens du mari. Ce droit, c'est l'augment dont la quotité est en rapport direct avec celle de la dot. Il fut introduit par les romanistes du xiv^e et du xv^e siècle ; en Allemagne il se développa à côté du douaire. Le mari veuf avait lui aussi des gains de survie ; il y en avait enfin qui étaient communs aux deux époux. Mais les privilèges de la femme sont les plus anciens ; on suivait de préférence le dernier état de la législation romaine, plus conforme aux mœurs et aux habitudes que la rigueur du droit primitif. Mais les gains de survie admis dans le midi était plus nombreux qu'ils ne l'avaient été à Rome. On avait beaucoup ajouté au droit romain, trouvé insuffisant pour le nouvel état social ; l'élément féodal était de son côté venu le modifier. Il est assez difficile de grouper les droits que nous avons à énumérer ; nous parlerons en premier lieu de l'augment et des autres droits spéciaux

à la veuve ; puis des droits particuliers au mari ; enfin de ceux qui étaient communs aux deux époux. Ils pouvaient tous être modifiés par la convention.

§ 1. — *Droits de la veuve.*

A. — L'augment de dot, appelé aussi agencement, était accordé à la femme survivante en récompense et en proportion de sa dot. On est loin d'être d'accord sur son origine ; on l'a cherchée dans une institution grecque qui aurait été introduite dans les pays du midi à la suite des croisades ; c'était l'opinion généralement adoptée au xviii^e siècle (1). Il semble plutôt qu'il y a une combinaison du douaire germanique et de la donation nuptiale romaine. Sans doute, il diffère à plusieurs égards de cette dernière ; il n'est pas égal à la dot, ne peut être augmenté durant le mariage ; mais à la dissolution de l'union, la femme le prend en sus de sa dot ; on ne doit pas d'ailleurs perdre de vue que la donation nuptiale usitée en Gaule n'était pas celle qui avait été réglementée au bas empire et par Justinien ; l'égalité même dans les quotités n'était pas encore exigée à la chute de l'empire d'Occident et la donation ne pouvait être faite durant le mariage. Les anciennes coutumes de Toulouse confirmées en 1289 par Philippe le Bel qualifient l'augment de donation à cause de nocces ; des contrats du mariage qui nous sont parvenus attestent que cette dénomination était fréquente (2),

1. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, p. 24, Roussilhe, *De la dot*, ch. XX, § 1.

2. Ginoulhiac, *Histoire du Régime dotal et de la Const.* p. 128 et 152.

on la retrouve dans les diplômes méridionaux jusqu'au xiv^e siècle. Les relations avec les provinces du nord devenant de plus en plus fréquentes, les usages suivis par ces dernières tendirent à modifier les pratiques du midi : le douaire en se fondant avec la donation nuptiale donna naissance à l'augment.

Les coutumes de Toulouse de 1289, et de Bordeaux de 1521 le réglementent. Dans le silence de la coutume il ne peut être que conventionnel. Lorsqu'il est légal, la femme l'acquiert de plein droit : elle a pour le réclamer *une condictio ex lege*.

Sa quotité varie selon les lieux ; à Toulouse et dans les localités voisines, on ne tient compte que de la valeur de la dot ; la femme prend à titre d'augment une portion des biens du mari égale à la moitié de sa dot ; elle a un véritable douaire. A Bordeaux, l'épouse qui n'a été mariée qu'une fois est plus favorisée que la veuve qui a convolé ; l'augment qui pour celle-ci n'était que d'un $\frac{1}{3}$ de la dot était du double pour la première (art. 47, 49). Dans le Lyonnais et le Forez, la quotité dépend de la nature de la dot, $\frac{1}{2}$ de la dot mobilière, $\frac{1}{3}$ de la dot immobilière. Dans le Bugey, on distingue selon que la dot se compose de valeurs certaines ; alors l'augment est d'un $\frac{1}{2}$; ou incertaines ; il n'est que d'un $\frac{1}{3}$ ou $\frac{1}{4}$; la veuve remariée ne peut le réclamer. A Grenoble et à Pau, bien que l'augment soit légal, sa quotité doit être déterminée par le contrat de mariage. On voit que tandis que la donation *propter nuptias* dans le dernier état du droit romain était toujours égale à la dot, l'augment est le plus souvent inférieur ; exceptionnellement il peut être supérieur.

Lorsque la femme ne se constituait pas une dot, il ne pouvait y avoir d'augment légal. La doctrine admettait qu'il n'était pas dû lorsque la dot promise au mari ne lui avait pas été payée ; mais la jurisprudence se montrait plus favorable pour la femme ; elle ne distinguait pas selon que le mari avait ou non reçu la dot ; dans tous les cas la femme pouvait réclamer l'augment (Henrys, I, 825). On imputait le non paiement à la négligence du mari, on présumait qu'il n'avait pas fait les diligences nécessaires.

La quotité de l'augment dépendant de celle de la dot, il en résultait qu'il en suivait toutes les fluctuations, augmentant ou diminuant avec elle. On apportait à cette règle un tempérament ; lorsque par suite de successions ou donations recueillies par la femme, le montant de la dot se trouvait hors de proportion avec les prévisions des parties, il y avait lieu de déterminer *arbitrio viri boni*, selon la fortune du mari, la quotité de l'augment, qui aurait peut-être absorbé tous ses biens.

Tandis qu'au nord, elle n'était qu'usufruitière ludonaire, au midi la veuve à la propriété de l'augment, s'il n'y a pas d'enfants du mari ; s'il y a des enfants elle a, tant qu'elle ne se remarie pas, la pleine propriété d'une part virile, et la jouissance du surplus (1) ; les enfants en avaient la nue propriété, qu'ils fussent ou non héritiers du père, sans avoir à rapporter les libéralités reçues de lui ; car les biens qui le composent ne font pas partie de la succession du mari ; si leur mère se remarie, ils peu-

1. Roussille : *loc. cit.*, XX, p. 4.

vent aliéner et obliger leur part entière, qui est saisissable. La jurisprudence des Parlements de Toulouse et de Bordeaux admettait qu'après le décès de tous les enfants la veuve avait la propriété de l'augment entier. Elle était obligée de fournir caution, si elle concourait avec des enfants, sauf dans quelque cas exceptionnels.

La faillite ou la discussion des biens du mari, la séparation de biens dans les pays de droit écrit du parlement de Paris, la mort civile donnaient à la femme le droit de réclamer la délivrance de son augment. Les intérêts ne lui en étaient dus en général que du jour de la demande judiciaire ; en quelques endroits ils couraient du jour du décès (1).

Une hypothèque générale sur les immeubles du mari en garantissait le paiement ; elle prenait rang au jour du contrat de mariage ; elle n'était cependant pas accordée partout ; on la refusait à Grenoble. La femme avait en outre un privilège sur les meubles.

Lorsque l'augment n'était pas accordé de plein droit à la veuve, une stipulation expresse était nécessaire pour le lui donner ; telle était la règle en Auvergne, en Provence, dans le Mâconnais. Les époux étaient partout libres de modifier les conditions de l'augment légal ; s'ils n'ont rien dit sur la quotité, celle-là seule que fixe la coutume peut être réclamée. Le règlement par contrat présentait de grands avantages ; les variations de la dot étaient désormais sans influence sur l'augment ; il prévenait les difficultés que suscitait souvent la liquidation de l'augment coutumier.

1. Merlin, *loc. cit.* Augment XI.

De même que la renonciation au douaire, la renonciation à l'augment dans le contrat de mariage était licite. Mais la veuve ne pouvait cumuler le bénéfice de l'augment coutumier et de l'augment prefix, elle devait s'en tenir à ce dernier à moins que l'option ne lui ait été expressément accordée (1). Le mari ne pouvait comme pour la donation *propter nuptias* le modifier durant le mariage. Lorsque l'augment conventionnel excédait le coutumier, il ne constituait pas pour le surplus un libéralité ; il n'était donc pas sujet au retranchement pour le légitime des enfants, sauf en faveur de ceux que le mari aurait d'un premier lit (Ricard, *Des donations* III, 9, 1223). Il était considéré comme une dette de la succession du mari ; toutefois la veuve pouvait être obligée de fournir une pension aux enfants légitimaires, Furgole (2) expose ces principes et explique par là la dispense d'insinuation que l'article 21 de l'ordonnance de 1731 accordait aux conventions matrimoniales relatives à l'augment.

Dans le Poitou, l'Aunis, l'Angoumois, on trouve en usage une espèce de donation *propter nuptias* faite au jour des fiançailles, portant les noms divers d'*osculum*, *oscle*, *ouscle*, *osclage* (3), et qui au XIII^e siècle devint une sorte de douaire ; une convention était nécessaire pour que la femme y ait droit ; elle se cumulait avec le douaire.

B. — *Le droit de bagues et bijoux*, sorte d'augment, vé-

1. Boucher d'Argis. *Loc. cit.* p. 41 ; Merlin, eod. VII.

2. Furgole. *Commentaire de l'Ord.* de 1731 II, p. 280.

3. Esmein. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1884, p. 24.

ritable préciput mobilier, usité lorsque la femme n'avait pas d'augment, était en général conventionnel; dans quelques provinces, le Lyonnais, le Forez, le Beaujolais, il était légal, nonobstant l'opinion contraire enseignée par certains jurisconsultes. Sa consistance se réglait selon l'état et la condition du mari au moment de son décès; était-il noble ou exerçait-il une profession libérale, telle que celle d'avocat, médecin, le droit de sa veuve sur ses biens était fixé à $\frac{1}{10}$ de la dot : il n'était que de $\frac{1}{20}$ si le mari était de basse condition. En cas de contestation le juge en déterminait la quotité.

Le contrat de mariage pouvait en modifier l'étendue, n'accorder pour tout droit de bagues et bijoux qu'une certaine somme. Il devait nécessairement s'expliquer lorsque la coutume ne le reconnaissait pas. S'il y a des enfants, la veuve n'avait qu'une jouissance, sauf pour une part virile qui lui était attribuée en pleine propriété; on lui reconnaissait le droit de disposer de cette virile, sous la condition toutefois qu'elle ne se remarierait pas.

C.— On ne peut considérer comme un gain de survie le droit que d'après Roussilhe (*loc. cit.*, n° 182), la femme avait de reprendre tout ce qu'elle a apporté en dot, tous les habits que le mari lui a achetés pour son usage durant le mariage, ou qu'elle s'est fait elle-même, quoique aux dépens des biens du mari, quand même elle en aurait fait au-delà du nécessaire. Il en est de même du droit de conserver tout ce que son mari lui a donné pour ornements et parures; pierreries, diamants, croix d'or et autres bijoux, la chambre garnie ou tapissée qu'on lui accorde en Provence.

Comme dans les pays coutumiers certains privilèges, dits de viduité, étaient accordés à la veuve. Le deuil lui était dû par les héritiers du mari ; il en est de même aujourd'hui sous le régime dotal (Civ. 1570).

Elle avait droit à la nourriture aux frais de la succession du mari pendant l'année laissée aux héritiers pour la restitution de la dot mobilière. Dans le règlement des aliments qu'elle pouvait réclamer on avait égard à l'importance des revenus qu'elle retirait de ses propres biens ; s'ils étaient considérables, elle n'avait aucun droit, parce que le but qu'on se proposait était surtout de la mettre à l'abri du besoin. D'après la jurisprudence du parlement d'Aix, les aliments devaient toujours lui être fournis en argent ; la règle était différente à Toulouse. La pension viduelle lui était due alors même qu'elle n'avait apporté aucune dot ; car elle n'était pas seulement une compensation des intérêts de la dot : elle devait donner à la veuve des moyens d'existence. L'hypothèque générale ayant rang au jour du contrat de mariage garantissait cette créance. Lorsque le mari lui avait légué une pension, la femme devait s'en tenir à son legs.

D. — *Le droit d'insistance* usité à Toulouse permettait à la veuve de jouir de tous les biens du mari et d'habiter une de ses maisons jusqu'à ce que sa dot lui fut restituée, à condition de faire un bon et fidèle inventaire ; elle avait l'exercice des actions possessoires relatives à ces biens. Il constituait une garantie destinée à hâter la restitution de la dot, un moyen de contrainte très efficace plutôt qu'un gain de survie. Il ne pouvait plus être exercé lorsque les créanciers du mari poursuivaient l'expropriation

de ses biens. Le même privilège existait en Roussillon sous le nom de *tenute*.

§ 2. — *Droits du mari survivant.*

Nous avons vu qu'à Rome, ces droits considérables à l'origine avaient été de plus en plus restreints. La dot qui primitivement lui restait dans tous les cas, était dans la législation de Justinien devenue restituable, même lorsqu'elle était adventice ; une stipulation expresse devait intervenir pour lui permettre de la conserver en cas de survie.

Dans les pays de droit écrit, on s'était montré plus généreux ; le mari survivant gagnait sous le nom de *contre augment* tout ou partie de la dot (1).

Il semble n'y avoir dans cet avantage que la contrepartie du droit que l'augment conférait à la femme sur les biens du mari. Légal presque partout, il devait être stipulé d'après certains statuts (2). La plus grande liberté était laissée aux époux pour le régler à leur gré. Portant sur la dot, il suppose qu'il y a eu une constitution de dot ; mais peu importe que la dot promise n'ait pas été payée. Le mari peut le réclamer à ceux qui ont constitué la dot, aux héritiers de la femme si c'est d'elle qu'émane la constitution (arrêt du 23 août 1636). Ses droits sont différents selon qu'il y a ou non des enfants du

1. Roussilhe, *loc. cit.*, XX, § 2 ; Serres Inst. II, 7.

2. Il en était ainsi à Grenoble, à Pau, dans le Lyonnais, le Forez.

mariage ; dans la première hypothèse les coutumes de Toulouse et de Bordeaux lui donnent la jouissance de la dot entière, et pour une part virile la pleine propriété ; il perd la nue propriété de cette part en cas de convol. En l'absence d'enfants, il conserve la dot entière en propriété, à Foix et dans l'Albigeois il n'a cependant que l'usufruit. C'est le prédécès de la femme qui fait naître le droit du mari ; dès ce moment il devient transmissible à ses héritiers. Ceux-ci ne pourraient le réclamer si les deux époux ont perdu la vie dans le même évènement ; car ils n'ont aucun droit de leur chef.

§ 3. — *Droits communs aux deux époux.*

A. — La législation avait emprunté au droit romain la *quarte du conjoint pauvre* : l'authentique *præterea* était généralement suivie dans les provinces méridionales ; certains romanistes l'avaient cependant vivement attaquée ; *Odiosa est, non bene fundata in ratione naturali*, disait Alciat. Mais l'opinion commune était qu'on devait en appliquer les dispositions : elle était acceptée à Toulouse comme en Provence (1). Boucher d'Argis (*loc. cit.* p. 115) rapporte un arrêt du Parlement d'Aix qui avait jugé le contraire ; mais Merlin nous apprend qu'il fut infirmé sur requête.

On ne tenait pas compte de la novelle CXVII ; le mari lui-même pouvait réclamer la quarte (2). L'époux qui

1. Lebrun. *Succession*, I, ch. 7, n. 3 ; Bretonnier. *Questions de droit. Femme*.

2. Boucher d'Argis, ch. XIII ; Despeisses. I, 305.

jouissait de ce bénéfice venait en concurrence avec les enfants et les autres parents. La femme n'y avait pas droit lorsqu'elle avait apporté une dot : la condition de pauvreté était la condition *sine qua non* de son obtention ; on estimait pauvre celui qui n'avait pas ce qui lui était nécessaire pour vivre selon son état. Elle ne pouvait porter que sur l'actif net (1) ; mais elle grevait la succession testamentaire aussi bien que la succession légitime ; le conjoint devait en effet imputer sur sa quarte les legs qu'il avait reçus du prémourant, ce qui suppose que celui-ci avait fait un testament. Une disposition analogue à celle de l'authentique était admise par l'article 300 de la coutume d'Anjou. Ce droit était en réalité une sorte de pension alimentaire, analogue à celle que l'article 205 civ. permet à l'époux survivant, qui est dans le besoin de réclamer contre la succession du prédécédé.

B. — *Un droit d'habitation*, généralement conventionnel, semblable à celui qu'admettaient les coutumes, pouvait être accordé au survivant. Il était le plus souvent stipulé en faveur de la femme, pour tout le temps où elle resterait en viduité (2) il pouvait l'être en faveur du mari, pour lequel il n'était jamais légal. Il était essentiellement personnel au bénéficiaire ; ses effets, lorsqu'il était conventionnel, variaient selon la formule employée. Il était, sauf stipulation contraire, perdu en cas de con-vol.

C. — *Les donations de survie* étaient usitées dans les

1. Merlin, Quarte, VII.

2. Boucher d'Argis, *loc. cit.*, p. 70.

provinces où on ne donnait à la femme, ni augment, ni bagues et bijoux, où le mari n'avait pas de contre augment. Faites par contrat de mariage elles étaient réciproques, sans qu'il y ait obligation pour les conjoints de les faire égales, la condition de réciprocité n'était même pas essentielle. Le mari donnait en général à la femme le double de ce qu'il recevait d'elle. Le conjoint bénéficiaire recueille la pleine propriété des biens qu'elle comprend, tant qu'il ne se remarie pas. C'est le prédécès de l'un des époux qui donne lieu à l'ouverture du droit de l'autre (1) ; à Dijon la femme pouvait en réclamer le montant au cas de faillite du mari.

Comme en droit romain, les donations entre époux étaient prohibées. La jurisprudence du parlement de Toulouse était en ce sens même depuis l'ordonnance de 1731, dont l'article 46 avait soulevé de vives controverses ; elles n'étaient confirmées que par le prédécès du donateur mort sans avoir changé d'intention. Les libéralités testamentaires étaient permises. Les contrats de mariage renfermaient fréquemment une constitution de rente viagère ou une institution contractuelle en faveur du survivant.

Appendice. — Nous signalerons quelques dispositions particulières aux coutumes d'Alsace. A Colmar, et dans quelques localités voisines (Turkeim, Munster) le *droit de dévolution*, d'origine allemande, conférait à l'époux survivant la totalité des meubles et la jouissance de tous les biens immobiliers, fiefs et censives, du prédécédé dont il

1. Bretonnier, *loc. cit.*, *Augment*, p. 38.

était obligé de conserver la nue propriété aux enfants issus du mariage, à l'exclusion de ceux qu'il pourrait avoir d'un nouveau mariage. Le conjoint survivant avait droit à défaut d'enfants à la propriété de tous les biens dont le prédécédé n'avait pas disposé par testament. Il y avait en réalité dans ces usages un régime de communauté universelle avec pacte réciproque de survie. Les dettes mobilières, les intérêts du passif immobilier, les frais d'éducation des enfants, étaient en charges corrélatives du droit de dévolution, qui fut en matière politique invoqué par Louis XIV.

D'après la coutume d'Orbey, l'époux survivant avait la jouissance de tous les biens du prédécédé, à la charge d'entretenir les enfants ; si ceux-ci prédécèdent, il prend la pleine propriété des meubles et conquêts, et conserve la jouissance des immeubles dévolus aux héritiers. A défaut d'enfants il n'avait aucun droit (1).

La coutume de Farette fait aux deux époux un traitement inégal ; il existe une communauté universelle dans laquelle la veuve n'a qu'un tiers ; les enfants prenant comme héritiers du mari les deux autres tiers. Il est vrai qu'on lui accorde un gain nuptial de 60 livres ; bien souvent il n'y a dans cet avantage qu'une faible compensation de la perte d'une grande partie de sa fortune.

Les divers gains de survie que nous avons énumérés subissaient en cas de convol certaines restrictions. Le

1. M. Boissonade (*loc. cit.*, n. 289 et suivants) donne sur cette coutume et sur celle de Farette d'intéressants détails : Voir également la *Revue historique de droit*, 1864, p. 518, les observations d'un magistrat de la cour de Colmar.

célèbre édit de 1560 s'inspirant des constitutions du bas empire, dont la jurisprudence étendit aux veufs les dispositions ne visant d'abord que les veuves, limita, (sauf pour le douaire légal considéré comme une dette du mari) à une part d'enfant le moins prenant les droits du deuxième époux sur les biens de celui qui se remariait. Les enfants du premier lit, dans l'intérêt desquels avait été introduit cette restriction, avaient l'action en réduction, même contre les tiers acquéreurs, ayant cause du conjoint donataire. Il défendait en outre à l'époux qui se remariait de rien donner à son deuxième conjoint sur les avantages et libéralités qu'il avait retirés de sa première union. La jurisprudence avait admis qu'il y avait au profit des enfants du premier lit une véritable substitution. La nullité des dispositions faites contrairement à cette prohibition en était la sanction. L'époux prédécédé ne pouvait même par acte exprès dispenser son conjoint qu'il gratifiait de l'observation de cette règle, à Paris du moins. Les enfants ne sont pas tenus pour exercer leur droit de se porter héritiers du donateur. Vingt ans après l'édit, la coutume réformée de Paris (art. 279) et celle d'Orléans (art. 203) vinrent en aggraver la rigueur ; il n'avait pas parlé des conquêts de la première communauté, attribués au survivant ; on n'alla pas jusqu'à les considérer comme des libéralités faites par le premier époux ; mais il sembla inadmissible de permettre à celui qui en profitait d'en disposer aussi librement que de ses biens personnels ; on les déclara indisponibles à l'égard du deuxième conjoint. Si le survivant en dispose en faveur d'un tiers, la disposition n'est valable qu'autant

qu'elle n'empêche pas les enfants du premier lit de recueillir la part qu'ils auraient eue, s'il y avait eu un partage entre eux et les enfants de la deuxième union ; la portion de ces derniers dans les conquêts était donc seule disponible.

CHAPITRE II

LE DROIT INTERMÉDIAIRE.

La Révolution devait nécessairement modifier le régime des successions, sur lequel l'abolition de la féodalité dans la nuit du 4 août avait eu une profonde influence. Il fallait en faire disparaître les inégalités qu'il consacrait, les entraves qu'il mettait à la libre circulation des biens. Ce fut surtout l'œuvre de la Convention et de la célèbre loi du 17 nivôse an II, détachée du projet de Code civil de Cambacérès, qui dépassa le but cherché. Il nous faut voir quelle situation elle fit, au conjoint survivant, ce que devinrent le droit de succession, les gains de survie légaux les modifications dont ils étaient susceptibles.

A. — Un décret du 22 novembre 1790 avait laissé en vigueur les dispositions qui formaient le droit commun de la France, et accordaient à l'époux survivant la *bonorum possessio unde vir et uxor*, aux conditions déterminées par les lois romaines ; il ordonnait qu'elles seraient suivies, même dans les lieux où la loi territoriale contenait une décision contraire. La loi de nivôse est muette sur cette succession ; elle ne la modifie certainement pas ; il n'est pas à croire en effet qu'elle entendit à défaut de parents successibles préférer le fisc aux époux ; le premier

projet de code civil de Cambacérès, en 1793 (Liv. II ; tit. 3 ; art. 76) se prononçait formellement en faveur du conjoint survivant.

B. — Quant aux gains de survie légaux, Merlin (1) pensait que leur abrogation ne datait que du Code civil ; elle résulterait de l'article 1390, défendant aux époux de stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, qui régissaient les diverses parties du territoire français. Elle ne peut résulter de l'article 61 de la loi de nivôse, puisque ces droits ne sont déferés ni à titre de succession, ni à titre de donation ; ni *a contrario* de l'article 14 de la même loi, l'expression, conventions matrimoniales qu'emploie ce texte, pouvant s'appliquer aussi bien à la loi réglant les effets civils du mariage qu'à un contrat. Plusieurs cours d'appel, s'étaient ralliées à cette doctrine.

Mais la doctrine en général, et la Cour de Cassation par arrêt solennel du 8 janvier 1814 rejetèrent cette interprétation. Il fut admis que c'était bien la loi de nivôse, qui par l'article 61 portant abolition de toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession et donation, avait supprimé tous les gains de survie que l'ancienne législation avait accumulés en faveur de l'époux survivant. Il n'y a pas à s'étonner de cette rigueur ; on voulait faire table rase de tous les privilèges, créer un nouveau système de transmission des biens à titre gratuit. Déjà dans la Constituante, de vives attaques avaient été dirigées contre la liberté de tester ;

1. Rep. V. *Gains de survie*. p. 502.

on conçoit qu'une loi qui s'inspirait de ces idées n'ait pas maintenu des avantages accordés par présomption de la volonté du *de cujus*, fondés sur l'affection qui dicte les dispositions à cause de mort. D'autre part, l'union conjugale, jusqu'alors indissoluble, pouvait à tout instant être rompue par le divorce; la loi du 20 septembre 1792 en introduisant dans notre législation, en multipliait les causes; l'incomptabilité d'humeur suffisait à l'entraîner! Les enfants naturels autrefois traités en parias, avaient désormais les mêmes droits que les enfants légitimes. Étant donné cet abaissement de la famille fondée par le mariage, ce relâchement du lien qui unissait les époux, il n'avait pas semblé utile de récompenser celui qui avait toujours été fidèle.

On n'osa pas cependant aller jusqu'à priver des gains de survie que leur assuraient les coutumes, auxquelles ils s'étaient référés pour le règlement de leurs conventions matrimoniales, les époux mariés avant la promulgation de la loi de nivôse; donner ici à la loi l'effet rétroactif qu'elle avait sur tous les autres points aurait été violer les conditions auxquelles les mariages avaient été conclus; on laissait subsister les avantages conventionnels pour lesquels la loi ne peut être rétroactive; il fallait maintenir les avantages statutaires qui tacitement acceptés par les époux étaient devenus des gains conventionnels. La rétroactivité fut donc écartée; c'est l'opinion de la Convention elle-même dans les lois interprétatives des 9 fructidor an III et 3 vendémiaire an IV (art. 9 et 12). Une restriction devait toutefois être apportée à cette règle; certaines coutumes faisaient varier l'étendue des

droits de survie qu'elles admettaient ou les refusaient même selon la qualité des époux, la condition des biens : ces distinctions entre nobles et roturiers, fiefs, censives et alleux avaient naturellement disparu depuis que les lois constitutionnelles avaient proclamé l'égalité des personnes et des biens.

C. — Toujours novatrice, la loi de nivôse déclara licites les libéralités entre époux généralement prohibées dans l'ancien droit. « Les gains de survie étant abolis, dit « M. Boissonade, il fallait bien permettre aux époux de « suppléer dans une large mesure à la réserve que la loi « s'imposait à leur égard. »

C'est ce qui explique que le disponible, si réduit à l'égard d'étrangers, est beaucoup plus étendu en faveur du conjoint (Art. 14). A défaut d'enfants, les époux pouvaient se donner la pleine propriété de tous leurs biens quels qu'en fussent l'origine ou la nature ; s'ils avaient des enfants, ils pouvaient disposer en faveur l'un de l'autre de l'usufruit de la moitié de leur patrimoine.

La loi de nivôse, ne reproduisant plus les restrictions de l'édit de 1560, elles se trouvent tacitement abrogées.

Tel était l'état de la législation au moment où commencèrent les travaux préparatoires et la discussion du Code civil. Un projet de Cambacérès présenté en messidor an IV, qui attribuait un droit d'usufruit au survivant des époux pour le cas où ils n'ont pas stipulé entre eux d'avantages singuliers ou réciproques n'avait pas abouti.

Le dernier rang dans l'ordre des successibles ; plus de

gains de survie légaux, mais en compensation certains privilèges quant aux avantages qu'il pouvait recevoir de son conjoint, voilà résumée en quelques mots la situation de l'époux survivant, sur laquelle les rédacteurs du Code allaient avoir à se prononcer.

CHAPITRE III

LA SITUATION DE L'ÉPOUX SURVIVANT DE 1804 A 1891. —
TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA LOI DU 9 MARS 1891. —
PROPOSITION VICTOR LEFRANC EN 1851. — PROPOSITION
DELSOL EN 1872.

§ 1. — Dominé par l'esprit qui avait dicté les lois successorales de la période révolutionnaire, le législateur de 1804 fit au conjoint survivant une situation analogue à celle qu'il avait depuis la loi de nivôse. S'il l'a durement traité, ne l'a préféré qu'à l'État, appelant avant lui, même les parents naturels du *de cuius*, s'il n'a pas institué en sa faveur tout au moins un droit d'usufruit, s'il s'est borné à accorder à la veuve quelques avantages insignifiants, empruntés à l'ancienne jurisprudence, ce n'est pas comme on l'a prétendu par suite d'une inadvertance, qui serait vraiment singulière, d'une erreur matérielle qu'il est difficile d'admettre, lorsqu'on sait quel soin scrupuleux fut apporté à la rédaction ; c'est volontairement que l'époux a été oublié. Pour les rédacteurs du code, le douaire n'avait plus de raison d'être ; pourquoi favoriser la femme qui désormais avait des droits de succession égaux à ceux du mari ? Les conjoints d'autre part trouvaient dans la faculté de s'avantager réciproquement qui

leur était autrefois refusée une compensation très large des droits qu'ils perdaient ; laisser la convention régler librement des situations forcément diverses, n'était-ce pas en somme le parti le plus sage ? Mieux que personne les époux savent ce qu'ils ont à faire ; à eux d'aviser ; cela ne vaut-il pas mieux qu'une intervention législative, basée sur des présomptions souvent fausses ? Les rédacteurs du code ont voulu se référer à la loi de nivôse, maintenir ses dispositions ; ce qui le montre bien c'est que dans l'article 1094, ils ont pour le cas où il y a des enfants du mariage adopté la quotité disponible fixée par cette loi ; c'était donc de ses principes qu'ils s'inspiraient pour régler les avantages entre époux.

On voit par là combien peu fondés sont les reproches qui ont été adressés au code ; il est rigoureux, sans doute ; mais la lacune qui vient d'être comblée n'était pas le résultat d'une ignorance inexcusable, d'une lourde méprise. On invoque, il est vrai, le procès-verbal d'une séance du conseil d'Etat du 9 nivôse an XI (1), d'après lequel à une observation de Maleville, qui critiquait le système du code et demandait qu'il fût pourvu à la subsistance de l'époux survivant par la concession d'un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé, Treilhard répondit que l'article 55 du projet avait réglé la question ; or, le texte auquel il faisait allusion correspondait à l'article 754 actuel. Il est peu croyable que si les législateurs avaient voulu sérieusement régler la situation de l'époux survivant ils se soient contentés de l'affirmation inexacte de

1. Fenet, XII, p. 38.

Treilhard : tout, au contraire, porte à croire que le silence était intentionnel.

Quoiqu'il en soit, il est certain que le sort du conjoint était déplorable, d'autant plus déplorable que si riche que soit la succession du prémourant, et si grand que soit le besoin du survivant, les interprètes sont d'accord pour lui refuser une simple pension alimentaire ; en 1851 la commission chargée d'examiner la proposition Bourzat n'admettait qu'une créance alimentaire.

De vives critiques ont depuis longtemps été formulées contre cette rigueur. Les jurisconsultes et les publicistes étaient unanimes pour réclamer une réforme. Si quelqu'un a droit à l'hérédité, à titre d'affection, disait-on, c'est assurément le conjoint que la loi exclut pour ne lui donner que le dernier rang parmi les successeurs irréguliers. Est-il juste, s'écriait-on, dans un style lyrique, que celui qui n'a apporté en dot que ses vertus et ses mérites tombe tout à coup dans la pauvreté ? Si par le seul fait du mariage les époux contractent l'obligation d'entretenir et d'élever leurs enfants, ils s'obligent aussi à se prêter mutuellement secours et assistance ; cette obligation survit à la dissolution de l'union. Ceux qu'un nœud si saint a unis, qui n'ont qu'un patrimoine, pour lesquels tout est commun, ont certainement un droit sur une fortune qu'ils ont tous les deux formée. La part dans la communauté ne suffit pas : elle peut être nulle ou malheureuse. Il faut au survivant une part dans l'héritage du prédécédé ; cet héritage a été le sien tant qu'a duré le mariage ; la loi ne doit pas détruire au profit d'étrangers une aussi légitime possession. Le conjoint,

disait le tribun Siméon (1), n'est pas un parent ; quelque respectable que soit le lien qui l'unissait au défunt, il appartient à une famille étrangère. Sans doute, mais qu'importe ? N'est-il pas plus qu'un parent, et son titre ne doit-il pas lui faire accorder quelques avantages. Quelques écrivains allaient jusqu'à soutenir « que dans une législation bien faite, la veuve tout au moins devrait partager avec les enfants : car dans l'ordre présumé des affections, son titre vaut bien le leur ; et en tous cas passer avant les collatéraux auxquels elle est mille fois préférable, du jour où l'on mettrait de côté ce reste d'idées aristocratiques qui veulent immobiliser les biens dans les familles (2) ». C'était là trop demander, et battre en brèche les principes fondamentaux du régime des successions. Mais la concession d'un droit viager était une réforme des plus justes.

Une première tentative législative fut faite en 1849. M. Bourzat présenta à l'Assemblée nationale une proposition accordant au conjoint indigent un droit d'usufruit plus ou moins considérable, suivant les cas : la commission chargée d'examiner cette proposition lui fit subir d'importantes modifications ; son système est exposé dans le rapport de M. Victor Lefranc. Elle repoussait l'établissement d'un droit héréditaire, particulier à l'époux indigent. » Nous n'avons pu comprendre, disait le rapporteur, que l'indigence devint une source d'hérédité. Subordonner les droits de l'époux survivant à la condition humiliante d'établir sa pauvreté, c'est méconnaître

1. Fenet, XII, p. 232.

2. Laboulaye, *Condition des femmes*, p.

les effets civils du mariage ; les époux sont mutuellement obligés à partager leur commune destinée ; ils ont par le fait acquis implicitement des droits sur les biens l'un de l'autre. Accorder d'autre part au conjoint un droit de succession serait méconnaître le système du Code, d'après lequel le patrimoine ne peut être transmis *ab intestat* qu'aux héritiers du sang ; la faveur due à l'époux ne justifie pas un tel bouleversement. « Il est impossible d'ad-
« mettre une analogie suffisante entre le conjoint survi-
« vant et l'héritier du sang, à moins de renverser com-
« plètement notre système successif. Le principe sur
« lequel s'appuient et s'échelonnent les degrés de préfé-
« rence présumée, c'est évidemment la consanguinité. Le
« lien conjugal peut être tout aussi sacré, tout aussi na-
« turel, plus intime, plus immédiat : *il repose sur une*
« *base toute différente*. Si on mettait le droit du conjoint
« survivant entre les degrés de consanguinité, on en bri-
« serait la chaîne, et l'on donnerait une arme puissante
« à ceux qui voudraient rapprocher de la souche le droit
« du fisc » (1). Aussi la commission ne proposait-elle en
faveur du survivant que l'établissement d'une créance
alimentaire analogue à celle de l'article 205 Civ. (*cod.*, p.
332), elle n'avantageait que l'époux indigent. L'article 1^{er}
de son projet était ainsi conçu : « La succession du con-
« joint prédécédé doit des aliments au conjoint survivant
« qui est dans le besoin. » Ce système n'est pas à l'abri
de la critique. Il aurait placé le conjoint au-dessous de
l'enfant naturel, en l'assimilant aux enfants adultérins et

1. *Rev. de lég.*, 1852, p. 339.

incestueux. Pour sauvegarder la dignité de son veuvage, il lui aurait tout d'abord fallu afficher sa gêne, il eût été à craindre que de légitimes susceptibilités ne fussent froissées. Le projet de la commission ne put être discuté par l'Assemblée. A la suite des désastres qui entraînèrent la chute de l'empire, une assemblée fut élue pour conclure la paix avec l'Allemagne, et donner une constitution au pays qui venait de traverser une crise effroyable. C'est sur le bureau de cette assemblée que M. Delsol déposa dans la séance du 21 mai 1872 la proposition qui après bien des vicissitudes et de profondes modifications a abouti à la loi du 9 mars 1891.

Quelles étaient les principales dispositions de cette proposition? On ne peut se contenter d'une pension alimentaire dont le règlement présenterait souvent de grosses difficultés. Il vaut mieux un droit d'usufruit, dont la quotité varie selon le degré des parents avec lesquels le conjoint concourt, qui lui permettra de conserver dans le veuvage une certaine aisance. Lorsque le *de cujus* ne laisse que des collatéraux au delà du sixième degré ou des enfants naturels, le conjoint les prime certainement dans son affection ; M. Delsol proposait de lui donner un droit de succession en pleine propriété ; cette disposition était contraire au principe qui domine toute la matière des successions, la conservation des biens dans les familles. Les parents de l'époux héritier auraient profité des biens par lui recueillis dans la succession de son conjoint au détriment de la famille de celui-ci (1).

1. Sur la proposition Delsol voir l'*Officiel* du 7 juin 1872, p. 3821.

L'assemblée se sépara sans avoir discuté cette proposition : mais une enquête auprès des cours d'appel et des facultés de droit avait été ordonnée ; appelées à examiner le projet et à donner leur avis sur l'utilité d'une modification du Code civil les représentants autorisés de la jurisprudence et de la doctrine s'y montrèrent en général favorables. Les critiques soulevées, les diverses opinions émises se trouvent analysées dans deux rapports présentés, l'un par M. Humbert, résumant les avis des facultés de droit (1), l'autre par M. Sebert résumant les avis des cours d'appel (2). Toutes les facultés sauf une se prononcèrent sur la question qui leur était soumise ; elles reconnaissaient en principe qu'une réforme était nécessaire ; mais elles n'étaient pas d'accord sur la portée ; elles repoussaient cependant (à l'exception de la faculté d'Alger) l'attribution d'un droit de propriété au conjoint qui se trouve en présence de parents plus éloignés que le sixième degré, comme contraire à nos mœurs et à la tendance de laisser les biens dans la famille. Dix-sept cours sur vingt-six se prononcèrent pour une réforme ; mais la Cour de cassation, suivie par huit autres cours, la repoussait, trouvant qu'il était dangereux de toucher au Code, surtout à la matière des successions ; mieux valait d'après elle procéder à une révision complète que bouleverser les principes par des modifications de détail ; la réforme ne présentait d'ailleurs aucune utilité.

1. *Officiel*, 16 mars 1876, p. 1842.

2. *Officiel*, 9, 10, 11, 12, 14 mars 1876 : p. 1629, 1674, 1713, 1745, 1784.

La proposition Delsol n'avait pu être discutée dans l'assemblée nationale; M. Delsol élu sénateur la renouvela à la Chambre haute le 13 juin 1876; elle donna lieu à un rapport de M. Bonafous (1); elle fut discutée le 6 mars 1877 (2); elle fut combattue par M. Bertauld qui la considérait comme un empiètement sur la liberté individuelle, une atteinte à la bonne harmonie des familles, qui imposait à titre de présomption arbitraire une idée que le *de cuius* avait peut-être les meilleures raisons d'écarter; mais l'opposition fut très faible, et le 9 mars 1877, après avoir rejeté un contre-projet de M. Jules Favre accordant au conjoint un droit de propriété, le Sénat adoptait par 193 voix contre 53 un droit d'usufruit dont la quotité variait selon le degré des héritiers avec lesquels l'époux survivant était en concours (3). Dix ans s'écoulèrent avant que la Chambre des Députés discutât à son tour une réforme depuis longtemps attendue; le projet voté au Sénat, transmis à la Chambre au début de la législature de 1885, donna lieu à un premier rapport de M. Piou, le 20 mars 1886 (4); il fut adopté sans discussion, le 27 mai 1886; mais la législature prit fin avant une nouvelle délibération. A la suite des élections de 1889, nouvelle transmission, suivie d'un nouveau rapport de M. Piou du 27 janvier 1890 (5) et d'une courte discussion le 22 mars. Quelques divergences existaient

1. *Officiel*, 12 octobre 1876, p. 7456.

2. *Officiel*, 7 mars 1877, p. 1740.

3. V. *Revue critique*, 1877, p. 389. Thézard.

4. *J. Off. Doc. Parl.*, novembre 1886, p. 1292.

5. *J. Off. Doc. Parl.*, avril 1890, p. 153.

entre les deux assemblées, non sur le principe, qui était accepté, mais sur des questions de détail, notamment sur la composition de la masse soumise à l'usufruit. Renvoyé au Sénat le projet donna lieu à une sérieuse discussion ; il fut définitivement adopté le 2 décembre 1890 : le 26 février 1891 la Chambre vota le texte du Sénat ; il fut promulgué le 9 mars. Telles sont sommairement résumées les diverses phases des travaux préparatoires de la loi de 1891.

§ 2. — Quelques lois spéciales contenaient déjà des dispositions relatives au conjoint survivant. Nous devons les rappeler. Nous verrons dans la troisième partie comment leurs dispositions doivent se combiner avec celles de la loi nouvelle.

A. — Un décret du 1^{er} mars 1808 sur les majorats accorde aux veuves de leurs titulaires non remariées, ou remariées avec l'autorisation du chef de l'Etat, une pension sur les biens composant le majorat, si leurs biens personnels ne suffisent pas à leur assurer un revenu égal à celui que la pension leur procurerait. Aucune pension ne peut être accordée sur les dotations qui ont fait retour au domaine, à moins qu'elle ne soit concédée par décret (1). La quotité de la pension varie selon que la veuve a ou non des filles.

La loi du 12 mai 1835, tout en abolissant les majorats, respecta les droits des veuves. La loi du 7 mai 1849 qui vint hâter l'extinction de ceux qu'avait laissés subsister la loi de 1835 ne modifie pas le droit des veuves (art. 7, 3).

1. Décret du 24 avril 1812, art. 1.

La loi de 1849 n'étant relative qu'aux majorats de biens particuliers, il existe encore des majorats de propre mouvement, formés avec des biens du domaine de la couronne, en faveur de personnes qui avaient rendu des services au pays ; ils doivent faire retour à l'Etat à défaut des descendants mâles du titulaire.

B. — De nombreuses dispositions législatives ou réglementaires ont à certaines conditions reconnu aux veuves des fonctionnaires publics, des militaires et marins, le droit d'obtenir de l'Etat une pension. Ce n'est qu'en 1790 que l'Assemblée Constituante pensa que la nation devait assurer à ceux qui ont consacré leur vie au service du pays le pain de leurs vieux ans, et mettre à l'abri du besoin leurs veuves et leurs orphelins. Sous l'ancien régime l'arbitraire des ministres était la seule loi connue en cette matière ; quelques ordonnances avaient vainement essayé de mettre un frein au favoritisme. La loi du 22 août 1790, encore en vigueur pour les fonctionnaires dont les pensions ne sont pas payées sur un fonds de retenues (ministres, préfets, etc.), fut la première mesure vraiment sérieuse.

Depuis lors, bon nombre de lois, ordonnances, décrets ont été rendus, ayant pour but l'organisation de caisses de retraites alimentées par des retenues sur les traitements ; leur énumération serait dépourvue de tout intérêt. Rappelons seulement les dispositions fondamentales. Deux lois des 11 et 18 avril 1831, fréquemment modifiées (1), accordent une pension aux veuves des militaires

1. Lois du 11 avril 1881, 25 avril 1885.

et marins morts en jouissance d'une pension de retraite ou en possession de droits à cette pension ; dans quelques cas exceptionnels énumérés par l'article 19, cette condition n'est pas exigée. La concession de cette pension est subordonnée à certaines conditions.

Le mariage doit dans tous les cas avoir été précédé de l'autorisation exigée par les décrets des 16 juin et 3 août 1808, et lorsque le mari jouissait de sa retraite ou y avait des droits acquis avoir été contracté deux ans avant la cessation de l'activité ou du traitement militaire, à moins qu'il n'en existe des enfants (art. 19, 4). La loi de 1831 prononçait la déchéance contre la veuve séparée de corps, même lorsque c'était elle qui avait obtenu la séparation. Mais la loi du 26 juin 1861 (art. 2) ne déclare déchue que la veuve contre laquelle a été rendu le jugement de séparation ; la déchéance n'est pas encourue si la séparation a été suivie d'une réconciliation (1). Le taux des pensions des veuves a été relevé (2). Les dispositions de l'article 1840 ne sont pas applicables aux veuves des sous-officiers (Loi du 23 juillet 1881, art. 26. Loi du 18 mars 1889, art. 32). Mais la veuve d'un sous-officier décédé sous les drapeaux dans les circonstances indiquées par l'article 19 de la loi de 1831 a droit à la totalité de l'indemnité de rengagement due à son mari ; si le décès de celui-ci a eu lieu dans d'autres circonstances il lui est attribué une partie de l'indemnité proportionnelle au service accompli ; ses

1. Conseil d'Etat, 12 janvier 1844.

2. Loi du 20 juin 1878.

droits cessent si elle est séparée de corps à la demande du mari (1).

Les pensions civiles sont encore aujourd'hui régies par la loi du 9 juin 1853 devenue nécessaire pour jeter un peu de lumière sur un véritable chaos de lois et règlements divers ; elle fut mûrement élaborée. Aux termes de l'article 9-1^o, les veuves de fonctionnaires n'ont droit à une pension, dont le taux varie suivant certaines distinctions, entre le tiers et les 2/3 de celle du mari, qu'autant que celui-ci a été en jouissance de sa retraite, eu a accompli le temps de service requis pour y avoir droit ; quelques exceptions sont cependant apportées à cette règle ; dans ces cas, leur droit prend naissance alors même que le mari n'aurait pas eu au moment du décès l'âge exigé pour pouvoir obtenir la liquidation de sa pension. Une pension n'est accordée qu'à la veuve qui était mariée depuis six ans au moins lorsque le mari a cessé de remplir ses fonctions et contre laquelle n'a pas été rendu un jugement prononçant la séparation de corps (art. 13). Le convol n'est pas une cause de déchéance ; la veuve conserve le bénéfice de la pension alors même qu'elle se remarie ; toutefois il en serait autrement si elle épousait en secondes noces un étranger ; car elle perdrait la nationalité française ; or, d'après l'article 29 le droit à la jouissance d'une pension est suspendu par les circonstances qui font perdre la qualité de Français, durant la privation de cette qualité ; elle recouvrerait donc cette pension si elle redevenait veuve ou divorcée et usait du bénéfice de l'article 19

1. Loi du 8 mars 1889, art. 11, 2^o et 3^o ; 12, 2^o et 3^o.

Civ. (1). Les lois de 1831 et 1853 ont conféré aux veuves des droits certains, qu'elles peuvent faire valoir par la voie contentieuse ; elles peuvent toujours se pourvoir devant le conseil d'État, qui statue dans cette hypothèse comme unique degré de juridiction, contre la décision ministérielle portant refus de liquidation ou faisant une liquidation qu'elles croient illégale. Lorsqu'au contraire elles ne peuvent invoquer que la loi de 1790 elles n'ont qu'un recours gracieux.

La loi de 1853 n'a eu en vue que les fonctionnaires hommes : le mari veuf d'une femme fonctionnaire n'a droit à aucune pension (2).

C. — Dès 1810, le législateur s'est montré très favorable pour les veuves des écrivains et des artistes. Le décret sur la librairie du 5 février 1810 (art. 39) leur garantissait à la mort de leur mari l'exercice des droits reconnus aux auteurs, dans le cas où les conventions matrimoniales lui en donnaient le droit ; on pensait en général que c'était la veuve mariée sous le régime de communauté que visait le législateur. La loi de 1866 a levé tous les doutes : elle ne distingue plus entre les divers régimes matrimoniaux ; quel que soit le régime adopté le conjoint d'un auteur a les mêmes droits : et ces droits sont accordés au veuf de la femme artiste, comme à la veuve d'un écrivain. La loi du 14 juillet 1866 est le texte fondamental de cette matière : le législateur a saisi l'occasion qui s'offrait à lui d'améliorer la situa-

1. Conseil d'État, 27 avril 1847.

2. Conseil d'Etat, 3 mars 1882.

tion de l'époux survivant. Il lui accorde sous la qualification de simple jouissance un véritable usufruit; c'est l'opinion de tous les commentateurs; c'était celle des rapporteurs qui prirent la parole au corps législatif. Ce sont des considérations fiscales et de forme, dit le rapport, qui ont fait mettre les mots simple jouissance, à la place du mot usufruit (1); cette solution était déjà admise sous l'empire du décret de 1810, qui qualifiait cependant de droit de propriété le droit de la veuve, dénomination dont l'inexactitude est évidente : les travaux préparatoires indiquent que les rédacteurs de la loi de 1866 ont entendu confirmer cette doctrine. Le conjoint investi de cette jouissance ne peut donc porter atteinte aux droits des héritiers, investis d'une sorte de nue-propriété; c'est à ceux-ci ou à leurs successeurs universels que la jouissance fait retour à la mort de l'époux usufruitier, dont le droit est essentiellement personnel; dès le décès de l'auteur, dont ils sont les ayant-cause, ils ont un droit certain; peut-être n'en jouiront-ils jamais, si le conjoint survit plus de cinquante ans; qu'importe? il n'en existe pas moins.

La loi de 1866 fixe à 50 ans la durée *maxima* du privilège, après la mort de l'auteur; lorsque 50 ans se sont écoulés, l'œuvre tombe dans le domaine public; il pourra donc arriver que la jouissance de l'époux prenne fin de son vivant (2); il résulte aussi de là que les héritiers seront moins bien traités qu'ils l'étaient par la loi du 3

1. Duvergier. Lois 1866, p. 299.

2. Pouillet, *Propriété littéraire*; n. 213.

août 1844, si le conjoint survit plus de vingt ans : dans la législation antérieure à 1866, leur droit ne durait que trente ans ; mais le point de départ était le décès de la veuve.

Le droit du conjoint ne doit pas porter atteinte à la réserve telle qu'elle est déterminée par les articles 913 et 915 ; si elle est atteinte, la jouissance du conjoint sera réduite. Le législateur a appliqué au droit légal qu'il accordait au conjoint les règles ordinaires qui régissent les libéralités. Il n'a pas interdit au prédécédé de disposer de ses droits en faveur de son conjoint dans les limites du disponible spécial déterminé par l'article 1094 (Pouillet, *loc cit.*, n. 223).

La jouissance des droits d'auteur est un droit successoral, dont l'importance est fixée au moment du décès et ne peut être modifiée par des événements ultérieurs ; le conjoint survivant ne recueille pas au décès des héritiers réservataires qui ont fait réduire son droit la portion de la jouissance qui lui a échappé ; les réservataires ont acquis définitivement la portion des droits d'auteur qui est entrée dans leur patrimoine ; ils la transmettent avec ce patrimoine à leurs successeurs ; car aucun droit de retour n'a été établi en faveur du conjoint ; pourquoi dès lors distinguerait-on selon l'origine des biens qu'ils laissent pour en attribuer une portion à ce dernier (1). Le célèbre romancier, Ponson du Terrail, était mort laissant pour héritiers sa mère, réservataire pour un quart, un frère et une sœur investis de la nue-propriété des trois

1. Paris, 18 juin 1883 : héritiers de Ponson du Terrail. D. 1885.

2. 47.

autres quarts, dont sa veuve avait la jouissance. A la mort de la mère, la veuve réclama l'usufruit de la part recueillie par celle-ci ; la Cour de Paris, considérant qu'aucune disposition particulière de la loi n'édicte dans cette hypothèse que l'usufruit de la réserve fera retour au conjoint survivant, annula une ordonnance du président statuant en référé, qui avait jugé le contraire.

Le conjoint qui convole perd sa jouissance ; le législateur de 1866 n'a pas distingué avec raison, croyons-nous, selon que le prédécédé laisse ou non des enfants ; ses ascendants, ses frères et sœurs, sont dignes de sollicitude ; pourquoi leur préférer un époux qui se crée une nouvelle famille. Il n'est pas défendu à l'époux prémourant de relever le survivant de cette échéance, et de lui laisser la jouissance de ses droits même en cas de convol.

Le conjoint contre lequel a été prononcée la séparation de corps ne peut invoquer le bénéfice de la loi de 1866 ; il ne peut, nous le verrons, réclamer dans les mêmes circonstances, l'usufruit légal ; allant encore plus loin la loi de 1891 le prive de toute vocation héréditaire.

Il peut-résulter du régime matrimonial adopté par les époux des avantages plus considérables que ceux accordés par la loi ; s'ils sont mariés sous la communauté, le droit d'auteur lui-même, qui ne se confond pas avec les revenus qu'il procure, tombe dans la communauté (Civ., 1401, 1^o) ; le partage en attribuera donc la moitié au conjoint survivant ; il aura, en outre, en vertu de la loi la jouissance de la moitié que recueillent les héritiers du prémourant, s'il n'est pas lui-même l'auteur. L'application des principes conduit à une singulière anomalie.

L'auteur qui survit n'a que la moitié de ses droits (1), puisque la loi ne lui donne pas la jouissance de celle que le partage a mis dans le lot des héritiers de son conjoint ; celui-ci jouirait du droit dans son intégrité ; cette solution quelque rigoureuse qu'elle soit, s'impose ; il n'y a qu'un remède, dans la faculté qu'ont les conjoints de modifier les droits du survivant par donation ou testament.

Les lois étrangères sur les droits des auteurs donnent en général sur cette question des solutions analogues à celle de la loi française : la durée qu'elles assignent à la jouissance de l'époux survivant est très variable ; aucune n'admet la perpétuité. Une loi des Etats-Unis de Colombie du 26 octobre 1886, calquée sur la loi espagnole du 10 janvier 1879, fixe à 80 ans la durée de la jouissance du conjoint. La loi danoise du 29 décembre 1857 adopte comme la nôtre un délai de 50 ans ; le conjoint est préféré aux héritiers directs, mais non aux cessionnaires et aux héritiers testamentaires. Le délai de 50 ans est aussi celui des lois de Finlande, de Norwège, de Hongrie ; il est de 40 ans en Italie, de 30 ans dans les états allemands, où l'on se montre en général peu favorable aux auteurs. La loi des Etats-Unis accorde aux auteurs un droit exclusif pendant 28 ans, à compter de l'enregistrement du titre de l'œuvre, la veuve *peut* obtenir la prolongation de ce droit exclusif pour un nouveau délai de 14 ans. En Belgique, le droit d'auteur n'est transmissible que conformément aux règles posées par le Code civil ; on n'a pas voulu faire au conjoint de l'écrivain ou

1. Cass., 5 août 1880. D. 1881. 1. 25 ; héritiers de Michel Masson.

dé l'artiste une situation privilégiée ; il a été dit que les derniers mots de l'article 3 de la loi du 22 mars 1886 *seront transmis conformément aux règles actuelles*, ont eu surtout pour but d'écarter toute règle spéciale à la transmission en faveur de l'époux. La question des droits de l'époux survivant fut l'objet de discussions lors de la conférence d'Anvers le 22 septembre 1885 (1).

D. — Un ordre de dévolution spécial aux biens acquis dans la colonie où ils subissent leur peine, ordre dans lequel le conjoint est particulièrement favorisé, fut établi pour les déportés par la loi du 25 mars 1873.

Les articles 11 et 13 distinguent selon que la concession obtenue par le déporté est provisoire ou définitive. Au premier cas, l'époux survivant peut être autorisé à continuer la possession et à devenir propriétaire à l'expiration du délai restant à courir, sous les conditions imposées au concessionnaire. Ce droit dépend du bon vouloir de l'administration ; ce n'est pas en réalité un droit de succession. Mais, si la concession est devenue définitive lorsque meurt le titulaire, la loi distingue selon qu'il laisse ou non des descendants légitimes : s'il y a des descendants le conjoint jouit du tiers de la concession ; à défaut d'enfants, quel que soit le rang des héritiers, il lui est attribué une moitié en propriété ; dans l'un et l'autre cas son droit est subordonné à la condition qu'il habite avec le déporté ; la séparation de corps fait donc obstacle à

1. *Bulletin de l'association littéraire et artistique internationale*, 2^e série, n^o 3, p. 34.

Les différentes lois étrangères ont été publiées par MM. Lyon-Caen et Delalain.

l'application de ces dispositions, puisqu'elle empêche l'habitation commune. C'est vraiment le titre d'époux que le législateur a voulu honorer en faisant de cette manière le testament présumé du défunt.

E. — Mentionnons enfin la loi du 18 juin 1850, sur la caisse des retraites pour la vieillesse, modifiée par la loi du 20 juillet 1886 dont l'article 13-5° déclare que le versement fait pendant le mariage, par l'un des deux conjoints, profite séparément à chacun d'eux pour moitié, sauf en cas de séparation de biens contractuelle ou judiciaire ; le déposant peut être alors admis à faire des versements à son profit exclusif. La femme bénéficierait de cet avantage alors même qu'elle renoncerait à la communauté : c'est à titre de propres que les époux recueillent la rente viagère à laquelle leur donnent droit les versements par eux opérés, alors même que ces versements auraient été faits avec des deniers communs.

DEUXIÈME PARTIE

Situation faite à l'époux survivant par la loi du 9 mars 1891.

Cette partie sera divisée en quatre chapitres : dans le premier nous exposerons les principes de la loi nouvelle ; les deux suivants seront consacrés à l'étude de la succession en propriété, sur laquelle nous passerons rapidement, et de la succession en usufruit qui exigera de plus longs développements ; dans le quatrième nous présenterons quelques observations sur la pension alimentaire subsidiairement accordée au conjoint.

CHAPITRE I

PRINCIPES DE LA LOI DE 1891.

Nous avons suivi les vicissitudes de la proposition Delsol, de 1872 à 1891 ; nous avons vu que le Code civil trouva des défenseurs, au premier rang desquels la Cour suprême ; ne portons pas, disait-elle, une grave atteinte à l'héritage qu'une certaine école voudrait supprimer : elle fut écoutée sur ce point et le Sénat dans le projet voté en 1877, n'admit pas que le conjoint fut successeur à la pleine propriété. Mais, disait encore la Cour : « La loi peut permettre des libéralités : elle ne doit jamais les commander ; la liberté des conventions matrimoniales, la faculté qu'ont les conjoints de disposer réciproquement en leur faveur doit leur suffire : n'ayant pas fait de contrat de mariage, ils n'ont pu régler la situation du survivant, ils sont communs en biens ; le partage par moitié de la communauté lui assurera des moyens d'existence ; à cela on répondait fort justement que la communauté peut être mauvaise ou nulle, et que les conjoints ont bien pu négliger de prendre leurs précautions ; l'eussent-ils fait on sait combien les dispositions de dernière volonté sont souvent attaquées par les héritiers. Le législateur doit intervenir. Mais comment ? Fera-t-il du conjoint un successeur à l'usufruit, ou un simple créancier de la succession ?

La loi admet ces deux solutions. Elle n'apporte pour le cas où le défunt ne laisse ni parents au douzième degré, ni enfant naturel, ni parents naturels, qu'une légère modification de détail à l'article 767 ; le conjoint survivant continue à succéder à la pleine propriété. Mais lorsqu'il y a des héritiers légitimes, quel que soit leur degré, il concourt avec eux pour une quote-part en usufruit ; on ne porte ainsi aucune atteinte au principe de la conservation des biens dans les familles. Le patrimoine entier ne cesse pas d'appartenir aux héritiers du sang ; ils ne sont pas dépouillés au profit d'une famille étrangère. Attribuer au conjoint un droit de propriété eût été se mettre en contradiction avec l'esprit de nos lois successorales : « On ne
« peut présumer, disait M. Batbie dans la discussion de
« la loi sur la succession des déportés (1), que le défunt
« s'il avait fait son testament aurait donné la propriété
« en tout ou en partie à son conjoint ; mais on peut pré-
« sumer équitablement que s'il avait pu faire connaître
« ses dernières volontés il aurait donné une part de l'u-
« sufruit. » Le droit qu'on lui accorde suffit à assurer sa subsistance ; à sa mort il ne le transmet pas à ses successeurs qu'aucun lien de parenté n'unit aux héritiers du prédécédé. Ceux-ci recouvrent à ce moment la pleine propriété des biens dont ils n'ont pas joui tant que vivait le conjoint de leur auteur. On concilie les intérêts opposés de l'époux survivant et de la famille du prédécédé.

Lorsque l'usufruit reconnu par la loi au conjoint lui a été enlevé, ou est insuffisant pour le faire vivre, il peut

1. *Officiel*, 26 mars 1873, p. 2108.

réclamer des aliments à la succession du prédécédé; nous verrons à quelles conditions.

A l'étranger, les législations des pays les plus divers par leur origine, les mœurs, les formes politiques accordent en général des droits successifs plus ou moins étendus au conjoint survivant; ces droits sont très variables; ici le conjoint est appelé à succéder en propriété avec tous les parents; là on ne lui donne qu'une jouissance; ailleurs il aura, selon les cas, soit un droit de propriété, soit un droit d'usufruit. Les législations germaniques sont riches en institutions tendant à assurer le bien-être de l'époux survivant; la fixation de ses droits varie à l'infini; les diverses législations locales présentent des dispositions différentes, on chercherait vainement une seule règle générale. Mais habituellement, le mari n'a plus qu'un droit d'usufruit limité à une quotité de l'avoir, même mobilier, de sa femme prédécédée.

Presque partout on appelle le conjoint survivant à recueillir la succession lorsque le *de cujus* ne laisse aucun parent à un certain degré variable selon les législations. En *Italie* (Code civil de 1868, art. 755), en *Prusse* il est préféré aux collatéraux du septième degré. Le *Code civil espagnol* du 24 juillet 1889 (art. 932) l'appelle à défaut des frères, sœurs, neveux, ou cousins-germains. En *Saxe* il prime tous les collatéraux; il rompt la chaîne de la légitimité. En *Portugal* il est exclu par les descendants, les ascendants et les collatéraux jusqu'au dixième degré. La *Belgique* est régie par l'article 767. Mais la législation *anglaise*, plus rigoureuse que la nôtre, à défaut d'héritiers du mari, préfère la couronne à la veuve, sauf pour

la moitié de l'actif mobilier. Dans quelques provinces russes, à Tchernigof et à Poltawa, le mari et la femme n'ont en principe aucun droit à la succession l'un de l'autre.

Dans le cas où la succession entière n'est pas dévolue à l'époux, la plupart des législations lui reconnaissent depuis longtemps des gains de survie que la loi française a été si longue à lui accorder. Le droit allemand moderne, fidèle à un principe admis depuis un temps immémorial, le range non parmi les successeurs irréguliers, mais parmi les héritiers, et même parmi les héritiers les plus favorisés. Tantôt, une part de propriété, tantôt un usufruit plus ou moins large, et un droit de préférence sur certains objets de la succession. En *Autriche* et en *Prusse*, nations chez lesquelles la propriété et la famille sont cependant constituées sur une base aristocratique, le conjoint est appelé à une part en propriété, même en présence d'enfants ; il en est de même d'après la *loi danoise*. Le *code italien* (art. 753-755) accorde à l'époux survivant une quote-part en usufruit, s'il concourt avec des descendants ; en présence de collatéraux il prend une part en propriété, dont la quotité varie selon le degré des parents qui partagent avec lui : cette extension de ses droits héréditaires est justifiée par la prohibition du régime de communauté universelle et l'adoption comme régime légal de la communauté réduite aux acquêts. Le *code sarde* de 1837 était déjà entré dans cette voie. Nous trouvons des dispositions analogues dans la législation du canton de *Vaud* qui admet encore une sorte d'augmentation au profit de la femme survivante ; elle a droit à une

quotité de la fortune du mari, qui se détermine d'après la valeur de la dot (C. civ., art. 1077). En *Espagne*, le veuf ou la veuve qui à la mort de son conjoint n'est pas séparé de corps, ou qui l'était par la faute de l'époux défunt, a une part d'usufruit égale à celle que la réserve donne à chacun des enfants ou descendants légitimes non avantagés; il a l'usufruit du tiers de la succession s'il est en présence d'ascendants, de la moitié s'il n'y a ni descendants ni ascendants (1). Jusqu'en 1889 la veuve seule, aux besoins de laquelle le mari n'avait pas pourvu par ses dispositions testamentaires, et qui n'avait pas des ressources personnelles suffisantes pour vivre honorablement, avait droit au quart de la succession de son époux.

Le *svod* (Code civil) *russe* donne à l'époux survivant une part de la succession, quels que soient les héritiers avec lesquels il concourt, appartiendraient-ils à la première classe (1148) (2).

Le projet de code allemand lui confère l'usufruit de toute la succession, s'il n'y a que des héritiers du dernier ordre.

A Zurich, on trouve une disposition originale; on donne au conjoint le choix entre un droit de propriété et une simple jouissance; s'il y a des enfants il peut réclamer soit $\frac{1}{8}$ en propriété, soit la moitié en usufruit (3).

En Angleterre, où il n'y a pas de communauté entre époux, un douaire est accordé à la veuve; il est resté

1. Code du 24 juillet 1889; art. 834, 836 837; traduit par M. Lévê. Lehr, *Droit civil espagnol*.

2. Lehr, *Droit civil russe*, 1877; I, p. 407, 424.

3. Code civil de 1887; art. 901.

tel qu'il était à l'époque féodale ; il comprend la jouissance viagère du tiers des immeubles dont le mari est propriétaire ; la propriété du tiers de l'avoir mobilier net, s'il y a des enfants, de la moitié s'il n'y en a pas. C'est encore aujourd'hui le plus considérable des avantages que la coutume attribue à la veuve : Le mari survivant prend tout l'avoir mobilier (1).

Le droit à une pension alimentaire se trouve également consacré par quelques législations ; le code du royaume des Deux Siciles (art. 689) permettait au conjoint privé de fortune de réclamer sur les revenus de la succession du prémourant une pension égale au quart de ces revenus s'il y avait moins de trois enfants, d'une part d'enfant s'il y en a plus de trois. Mais chez nous la créance alimentaire est subsidiaire ; dans ces législations c'est le seul droit du conjoint.

1. Lehr, *Droit anglais*, p. 704.

CHAPITRE II

SITUATION DU CONJOINT SURVIVANT LORSQU'IL N'Y A PAS DE PARENTS AU DEGRÉ SUCCESSIBLE.

§ 1. — Lorsque l'époux prémourant ne laisse, s'il était enfant légitime, ni héritiers légitimes, ni enfants naturels reconnus, le conjoint survivant exclut le fisc ; si le *de cuius* était enfant naturel, hypothèse que ne prévoit pas le texte de l'article 767, mais pour laquelle il ne peut y avoir aucun doute en présence des articles 765 et 766, et des travaux préparatoires, le père ou la mère naturels par lesquels il a été reconnu, ses frères et sœurs naturels sont préférés à son conjoint. Dans un cas cependant le conjoint primerait l'enfant naturel de son conjoint ; si cet enfant a été reconnu par son auteur durant le mariage, et s'il n'est pas l'enfant de l'autre époux ; dans le but de maintenir la paix dans le ménage, le législateur n'a pas voulu que cette reconnaissance puisse nuire aux intérêts pécuniaires du conjoint de celui dont elle émane (art. 337, C. civ.). On a dit cependant que l'article 337 ne pouvait s'appliquer à la succession entre époux ; car le droit de succéder est purement légal ; l'époux n'a donc pas dû y compter ; ce n'est pas dans l'espérance de succéder un jour à son conjoint qu'il a contracté mariage ; il n'est donc pas frustré dans une légitime attente lorsqu'il est évincé par

un enfant naturel reconnu par son conjoint durant le mariage. Mais le droit de succession des enfants légitimes nés de ce mariage n'est-il pas légal lui aussi ? et cependant il est certain que l'enfant naturel ne peut concourir avec eux. On objecte encore que l'article 337 ajoute dans un deuxième alinéa, que néanmoins la reconnaissance produira son effet après la dissolution du mariage, s'il n'en reste pas d'enfants ; n'est-ce pas dire que l'enfant naturel peut exercer ses droits à la succession de son auteur même au préjudice de l'autre époux ? on oublie que raisonner ainsi c'est détruire la disposition de l'alinéa 1, déclarant formellement que la reconnaissance ne peut *jamais* nuire au conjoint de son auteur. Ce deuxième paragraphe de l'article 337 est probablement un vestige de l'ancienne rédaction qu'on a laissé subsister par erreur (1). Le conjoint auteur de la reconnaissance ne pourrait en disposant par donation ou testament en faveur de l'enfant auquel elle s'applique, porter atteinte aux droits de son époux ; celui-ci en invoquant l'article 908 Civ. obtiendrait la succession entière, s'il n'y a pas d'héritiers préférables.

L'époux survivant ne pourrait profiter de la réduction qui aurait été imposée par son conjoint à son enfant naturel ; l'article 761 permet à certaines conditions aux parents d'un enfant naturel qui désirent grossir leur succession de réduire son émolument à la moitié de ce qu'il peut réclamer en vertu des articles 757 et 758 ; le législateur a voulu assurer ainsi la tranquillité de la famille

1 : Demolombe, V, § 475.

du donateur ; son conjoint n'a nullement été pris en considération ; la réduction ne doit pas lui profiter : il faut pour que s'ouvre son droit qu'il y ait absence d'enfants naturels, et non pas seulement que la part héréditaire de ceux qui existent ait été réduite.

C'est au droit commun qu'il faut se référer pour déterminer à quelles conditions le conjoint succède : ce sont les articles 725 et 727 qui règlent dans ce cas, comme dans les autres, les conditions de capacité, déterminent les causes d'indignité ; il n'y a qu'à les consulter. Si les deux époux sont respectivement héritiers l'un de l'autre les présomptions des articles 721 et 722 détermineraient quel est celui qui sera présumé avoir survécu s'ils périssent ensemble, question importante s'ils n'ont pas les mêmes légataires, mais plus théorique que pratique. Comme le plus souvent ils ne sont pas respectivement appelés à la succession l'un de l'autre, les présomptions légales ne peuvent être invoquées (Laurent, VIII, § 520).

La condition d'étranger ne créant plus depuis la loi du 14 juillet 1819 une incapacité de succéder, le conjoint étranger succède à son conjoint conformément à la loi française qui est applicable si la succession est régie par cette loi, selon la loi étrangère si c'est une loi étrangère qui est applicable. Dans l'ancien droit, la veuve d'un étranger n'excluait le fisc que si elle avait obtenu des lettres de naturalité (Lebrun, *Succ.*, I, ch. VII, n° 15).

Le droit de succession *ab intestat* étant un des effets du mariage, ne peut avoir lieu que lorsque le mariage a été célébré et est valable. Les fiancés ne peuvent donc se succéder ; certains codes leur reconnaissent pourtant un

droit héréditaire, le Code civil du canton de Zurich de 1887, article 898, permet au fiancé survivant de prendre dans la succession du prémourant les présents faits à celui-ci qui existent encore en nature : s'il n'y a pas de descendants légitimes il a droit à 1/10 des biens.

B. — La nullité du mariage effaçant la qualité de conjoint, le survivant ne pourrait se prévaloir de ses droits. Il en est toujours ainsi pour celui qui s'est engagé de mauvaise foi, ayant connaissance de l'existence d'une cause de nullité. Mais les articles 201 et 202 Code civil, admettent que l'union produira certains effets en faveur des conjoints qui ont eu de justes motifs d'ignorer les empêchements dirimants qui y mettaient obstacle ; bien évidemment, si la nullité était prononcée du vivant des époux, le survivant ne serait pas admis à réclamer ses droits héréditaires ; dire en effet que le mariage déclaré nul produit certains effets à l'égard de l'époux qui l'a contracté de bonne foi ne peut s'entendre que des effets assurés et irrévocablement acquis à ce moment, mais non des nouveaux effets qui naîtraient postérieurement ; or, le droit de succession rentre parmi ces derniers. Mais, si le mariage n'avait été annulé que depuis le décès, le conjoint conserverait la succession qu'il aurait précédemment appréhendée en cette qualité. Telle était la solution déjà admise dans l'ancien droit (Lebrun, *Succ.*, I, ch. 7, n° 21) : elle l'est sous le Code par la grande majorité des auteurs (Demol., XXI, p. 374). Nous croyons qu'elle doit être acceptée pour la succession en usufruit, bien qu'il puisse y avoir quelques doutes le droit du conjoint semblant successif, subordonné à son existence, et qu'on puisse dire

que chaque jour il acquiert un nouveau droit, que ce droit par conséquent ne peut plus prendre naissance lorsque la nullité du mariage a été prononcée : c'est au moment même du décès que le droit de l'époux survivant lui est acquis : l'émolument qu'il lui procurera est incertain sans doute ; mais le droit existe, il est définitivement acquis lorsque le mariage est annulé.

Le divorce brise le lien conjugal, anéantit le titre héréditaire ; les époux divorcés ne peuvent dès lors être héritiers l'un de l'autre : l'ancien texte le disait ; le nouveau le répète. La succession ne peut être dévolue même à celui qui a obtenu le divorce ; il n'a pas plus de droits que l'époux dont l'inconduite, les violences l'ont motivé. La perte des droits de succession n'est pas une peine pour l'époux coupable ; mais une conséquence nécessaire de la dissolution du mariage : le divorce prononcé, il n'y a plus ni mari ni femme ; les anciens époux sont devenus des étrangers l'un pour l'autre.

Il n'en est plus de même si le conjoint offensé a cherché dans la séparation de corps le remède à une situation devenue intolérable ; la séparation relâche sans le rompre le lien conjugal ; le mariage subsiste avec tous ses effets, sauf la nécessité de cohabitation. Logiquement donc à défaut de texte la vocation héréditaire devrait être maintenue, même en faveur de l'époux coupable, à moins que le fait qui a motivé la séparation ne constitue une cause d'indignité. Il en était ainsi sous le code ; mais il a été modifié sur ce point par la loi 1891. Aux causes d'indignité limitativement énumérées par l'article 727, l'article 767, 1^o en a ajouté une qui est spéciale à la suc-

cession entre époux ; le conjoint contre lequel existe un jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée est déchu de ses droits successoraux. Il y a pour cela d'excellentes raisons ; son droit est fondé sur la volonté présumée du défunt : or, on ne peut admettre « une présomption d'affection entre des époux que la haine divise » ; la séparation de corps équivaut au divorce quant aux relations qu'elle crée entre les conjoints. Ces raisons avaient été déjà invoquées lors de la discussion de l'article 767 (1). Sur les observations de Maleville, Berlier et Tronchet demandant le maintien de l'ancien droit, le Conseil d'Etat avait admis en principe l'assimilation de la séparation de corps au divorce. On en a conclu que le silence du code ne pouvait s'expliquer que par une inadvertance ; il est possible cependant que le législateur ait été arrêté par cette considération que l'exclusion de la succession pourrait frapper l'époux innocent. Quelle que fût la cause de cette omission on ne pouvait suppléer à l'absence d'un texte pour mettre une cause de déchéance (2). Le législateur de 1891 a voulu donner satisfaction à la morale en privant l'époux coupable de *tous* ses droits héréditaires, en le déclarant indigne même lorsqu'après lui ne vient que l'Etat. Cette innovation est une de celles qui a suscité les plus vives discussions ; repoussée par la Chambre des Députés, elle trouva aussi au Sénat des adversaires convaincus ; M. Demole la soutint énergiquement dans la séance du

1. Loaré, X, p. 401.

2. Demol., XIV, 173. Demante, III, 87.

18 novembre 1890 (1). Nonobstant les raisons sérieuses qui furent invoquées, le Sénat la vota par 119 voix contre 112 ; la Chambre des Députés la consacra dans sa séance du 26 juin 1891. L'objection principale qu'on faisait pour la succession en propriété était que cette déchéance profiterait à l'Etat ; or, peut-on dire que « telle « est l'intention présumée du défunt et qu'il a voulu « préférer le fisc à son conjoint coupable ? Mais c'est « oublier qu'avec les temps les plus vifs ressentiments « s'apaisent, dans le doute ne doit-on pas présumer que « c'est en pardonnant et non en maudissant qu'est mort « l'époux outragé. » Ces raisons n'ont pas prévalu. Lorsque la séparation de corps n'a pas été suivie d'une réconciliation toujours possible, il est contraire à toute justice de concéder à l'époux qui a méconnu la sainteté du mariage un droit qui est la récompense de la fidélité de l'affection mutuelle que se doivent réciproquement le mari et la femme. « Quand le régime de la séparation « de corps a duré longtemps, disait M. Demole, le ressentiment de l'outrage doit être considéré comme vivant « au cœur de celui qui l'a subi. Il lui était bien facile de « manifester d'une manière quelconque qu'il avait perdu « le souvenir des avanies qu'on lui avait imposées, et « par conséquent s'ils sont restés séparés, si la vie commune n'a pas été reprise, vous n'avez pas le droit de « dire que l'un a pardonné à l'autre. »

On disait encore que le titre d'époux survivant à la séparation de corps, il doit en être de même de la voca-

1. *J. Off.*, 19 novembre 1890. *Déb. Parl.*, p. 1039.

tion héréditaire qui y est attachée ; cette idée est vraie ; mais le législateur a pleins pouvoirs pour réglementer comme il l'entend les effets de la séparation sur des rapports héréditaires que le mariage n'engendre pas par lui-même.

Le nouveau texte est d'ailleurs conforme à la tradition historique et aux lois qui ont déjà organisé des droits de survie. L'ancien droit faisait en général de l'adultère une cause de déchéance de la succession *unde vir et uxor* et des gains de survie. Le code lui-même enlève le préciput stipulé en sa faveur au conjoint contre lequel a été prononcée la séparation de corps. La jurisprudence, après quelques hésitations, a décidé que comme le divorce elle entraîne les déchéances édictées par les articles 299 et 300 Civ. (1) ; dans les deux cas les motifs qui ont inspiré ces textes sont les mêmes ; il y a eu une offense grave, violation des devoirs essentiels du mariage ; le conjoint donataire n'a été gratifié que sous la condition de remplir ses devoirs ; cette condition faisant défaut, la libéralité ne doit plus produire d'effets ; quant à l'objection qu'on pourrait contre cette solution tirer de l'article 959 Civ., il n'y a pour l'écarter qu'à songer que cette exception n'a été introduite que dans l'intérêt des enfants du mariage tacitement substitués à la libéralité faite à leurs parents, intérêt qui n'est plus en jeu lorsque c'est un des époux qui est le donateur, puisqu'ils recueilleront dans sa succession les biens qu'il reprend au donataire. Les lois de 1834, 1853, 1866, 1873, que nous connaissons ne peu-

1. Cass., 22 mai 1845. D. 1845, 1, 225.

vent être invoquées par l'époux contre lequel a été rendu le jugement de séparation de corps.

Il en est de même dans plusieurs lois étrangères (C. civ. espagnol de 1889, art. 834).

D'après le Code civil italien (art. 736, 737, 812), la séparation de corps fait perdre les gains de survie, à moins toutefois qu'elle n'ait eu lieu par consentement mutuel, de même en Autriche (C. civ., art. 757, 759).

Le conjoint qui a obtenu la séparation conserve tous ses droits de succession sur les biens de son époux prémourant ; il serait injuste que les torts de son conjoint fussent pour lui une cause de déchéance. Si elle a été prononcée contre les deux époux ils encourent tous les deux la déchéance ; le défendeur a donc intérêt à former une demande reconventionnelle.

Le jugement qui prononce la séparation de corps ne produit cet effet qu'autant qu'il est passé en force de chose jugée, tant qu'il est susceptible d'appel ou d'opposition ; le conjoint conserve intact tous ses droits ; on ne pourra lui opposer la déchéance s'il meurt dans les délais d'appel ou d'opposition. La déchéance cesse si la séparation de corps a été suivie de réconciliation.

Si les époux étaient divorcés le droit de succession ne pouvait renaître que d'un nouveau mariage.

Il est un cas d'indignité prévu par l'article 727 qui dans l'ancien droit avait soulevé quelques doutes ; on se demandait si le mari était déchu de ses droits de survie lorsqu'il tue sa femme surprise en flagrant délit d'adultère. Lebrun admettait sans hésiter l'affirmative (*Succ.*, I, ch. 7, n° 35) ; c'était déjà la solution du droit romain ; elle était suivie

pour le contre-augment dans les pays de droit écrit (Roussilhe, *loc. cit.*, p. 431). Aujourd'hui si le mari a été condamné pour ce fait serait-ce à des peines correctionnelles, la déchéance s'appliquerait à la succession en usufruit aussi bien qu'à la succession en propriété ; il en serait de même pour la femme.

§ 2. — Nous avons à rechercher maintenant quelle est la nature juridique du droit du conjoint.

On sait que le code reconnaît deux classes d'héritiers ; les héritiers légitimes auxquels il donne la saisine, qu'il a empruntée au droit coutumier (1), c'est-à-dire la possession civile de l'hérédité, et les successeurs irréguliers qui bien qu'acquérant *ipso jure*, d'après l'article 711, la propriété des biens auxquels ils succèdent, ne peuvent se mettre en possession, et exercer les actions actives ou passives du défunt sans avoir obtenu la délivrance des héritiers saisis ou de la justice. Le Code a mis le conjoint parmi les successeurs irréguliers ; il y a été laissé par le législateur de 1891, nonobstant les efforts de ceux qui voulaient qu'on lui attribuât la saisine. On invoquait la tradition historique ; Lebrun, sans doute, donnait la saisine au conjoint ; mais Tiraqueau la lui refusait ; l'ancienne doctrine était pleine de contradictions ; la tradition ne peut être utilement invoquée. Restent les principes ; ils ne sont pas douteux ; toute dévolution héréditaire des biens à titre légitime dérive de la consanguinité ; conséquent avec ce principe, le code ne pouvait faire du conjoint qu'un successeur irrégulier ; il n'est pas un parent, son droit

1. V. *Revue Critique*, 1891, p. 585.

d'ailleurs n'est jamais certain, dit M. Laurent (IX, § 237) ; il n'est appelé qu'à défaut de parents légitimes ou naturels ; on ignore s'il n'existe pas de successeurs qui lui soient préférables. Lui donner la saisine, ce serait lui abandonner des biens qu'il n'a pas intérêt à conserver, puisque d'un jour à l'autre il peut être évincé. La loi du 25 mars 1873 avait déjà refusé au conjoint du déporté la qualité d'héritier, nonobstant les éloquentes réclamations de MM. Jules Favre et Crémieux (1). Il est resté successeur irrégulier. Comme tel il est obligé de faire vérifier son titre en justice, de demander au tribunal de l'arrondissement dans lequel s'est ouverte la succession l'envoi en possession ; mais à un autre point de vue cette qualité lui est plus avantageuse que celle d'héritier légitime ; il n'est tenu des dettes qu'*intra vires successionis*.

A. — Il doit se faire mettre en possession ; la demande d'envoi doit être précédée de certaines formalités (apposition des scellés, confection d'un inventaire) destinées à sauvegarder les intérêts des héritiers et à prévenir des détournements ; leur inobservation ne peut avoir pour conséquences d'obliger le conjoint à payer les dettes *ultra vires*, et de le transformer ainsi en héritier légitime, mais seulement à autoriser les réclamants à faire par tous moyens la preuve de la consistance de l'actif héréditaire (2). Elle doit être rendue publique par affiches et insertions dans les journaux. Nous n'insisterons pas autrement sur ces questions de pure forme fort peu pratiques.

1. V. *Off.*, 20 et 26 mars 1873, p. 1941 et 2107.

2. Demol., XIV, 248, Dem., III, 90 *bis* II.

Comme tout demandeur, le conjoint doit rigoureusement prouver le bien fondé de son droit : il aurait donc à établir qu'il n'existe ni parent au degré successible, ni successeur irrégulier qui lui soit préférable ; tant qu'il ne fait pas cette preuve, il y a non pas deshérence, mais seulement vacance ; s'il suffisait en effet d'alléguer qu'il n'y a pas d'héritier, il n'y aurait presque jamais de succession vacante. Le bon sens doit faire rejeter cette solution ; le Code n'a pas voulu imposer au conjoint une preuve impossible : comment pourrait-il arriver à prouver un fait purement négatif qui ne se résout en aucun fait affirmatif contraire ; l'organisation de tout un système de garanties et de nombreuses formalités montre bien que le Code a dérogé au droit commun en matière de preuve : si on les a cru nécessaires, c'est parce qu'on suppose que des héritiers peuvent plus tard se présenter, et par conséquent que le conjoint n'a pas à établir qu'il n'y en a pas (1). Il suffit donc qu'il rapporte un acte de notoriété constatant qu'il n'y a pas d'héritiers connus ou que ceux qui auraient droit aux biens ont renoncé ; l'appréciation de cette question est laissée à la prudence et à la sagesse du tribunal.

Le conjoint pour obtenir l'envoi doit faire emploi du mobilier ou donner caution de le restituer aux héritiers qui se présenteraient. Le tribunal règle la façon dont l'emploi sera fait ; pour la vente du mobilier on suivrait les règles établies pour l'héritier bénéficiaire, par analogie de motifs. La caution est fournie dans l'intérêt de

1. Laurent, IX, § 250.

tous les ayants-droit qui pourraient se présenter, même des successeurs irréguliers ; l'expression héritiers qu'emploie l'article 771 Civ. doit être prise *lato sensu* : elle comprend tous les successibles ; il est juste de protéger tous ceux quels qu'ils soient auquel un envoi en possession indûment accordé peut porter préjudice.

L'obligation de cette caution a un objet spécial : elle ne garantit que la restitution du mobilier ; elle ne serait donc pas responsable des fautes que le conjoint pourrait commettre dans son administration, de la restitution des immeubles, ou des fruits à laquelle il serait condamné s'il était de mauvaise foi. La durée de son obligation est également limitée à trois ans, à compter du jour de sa soumission ; après trois ans, elle est complètement libérée pour l'avenir et pour le passé, à moins qu'un héritier ne se soit présenté dans ce délai ; les héritiers qui se feraient connaître lorsque trois ans sont écoulés conservent leur action en pétition d'hérédité contre le conjoint ; ils n'ont perdu que leur recours contre la caution. Si le défaut d'emploi ou de caution a causé un préjudice aux héritiers ils auront le droit de réclamer des dommages-intérêts.

Tant que ces diverses formalités n'ont pas été remplies, le conjoint ne peut s'assurer les avantages de l'envoi en appréhendant la succession de son autorité privée (Laurent, IX, 240).

Sa possession à l'égard des héritiers serait entachée d'illégalité et ne pourrait être pour lui attributive d'aucun droit, il ne saurait se prévaloir d'un fait qui pour la loi est sans valeur et ne peut produire aucun effet juridique ; mais il ne faudrait pas aller jusqu'à dire qu'il pourrait se

soustraire aux poursuites des créanciers héréditaires sous prétexte qu'il n'a pas rempli les formalités légales : il y est soumis par cela seul qu'il s'est conduit en successeur universel ; il s'agit en effet de maintenir contre lui les conséquences de la position qu'il a prise ; les tiers ne doivent pas souffrir de sa faute.

On admet généralement qu'il ne doit pas être considéré comme possesseur de mauvaise foi par cela seul qu'il a appréhendé la succession sans l'autorisation de la justice, la bonne foi est une question de fait, qui s'apprécie selon les circonstances ; l'article 550 Civ. exige sans doute que pour être de bonne foi le possesseur ait un titre translatif de propriété : mais son titre ici c'est la loi elle-même qui le lui donne. Nonobstant l'omission des formalités il pourra donc être de bonne foi et jouir des avantages attachés à la bonne foi.

Ce n'est que du jour où il a obtenu l'envoi que le conjoint a le droit et la charge d'administrer ; jusque-là il ne peut faire aucun paiement, passer des baux. Les actes urgents d'administration seront faits avec l'autorisation du tribunal par un administrateur provisoire ; rien n'empêche de lui confier ce rôle, mais il n'y a pas lieu de nommer un curateur ; la succession n'est pas vacante.

Ce n'est également que de ce jour qu'il a l'exercice des actions possessoires ou pétitoires du défunt : jusqu'à ce moment il ne peut poursuivre les débiteurs ou les tiers détenteurs de biens de la succession. De même pour l'usufruct, il n'est pas saisi, il ne continue pas la possession

1. Laurent, IX, 243, 242.

du défunt, il ne commence à posséder et par suite à prescrire que du jour où il est envoyé en possession.

Mais il a droit aux fruits à compter du jour de l'ouverture de la succession : car il est propriétaire dès cet instant. S'il était évincé par des héritiers légitimes, il n'y aurait qu'à appliquer les principes admis pour la pétition d'hérédité.

L'envoi en possession ne produit donc ses effets que du jour où il est accordé; il crée une situation nouvelle; il est attributif et non pas simplement déclaratif de droits; cette solution ressort de l'interprétation littérale des textes, et est commandée par le bon sens. Si on assimile aux effets de la saisine légale l'effet de l'envoi, qualifié par quelques auteurs de saisine judiciaire, si on les fait rétroagir on ne voit pas pourquoi le législateur ne les a pas mis sur la même ligne. Cette question n'étant pas spéciale au conjoint nous n'avons pas à la discuter ici (1).

Le conjoint envoyé en possession ne peut plus être inquiété par les héritiers légitimes qui auraient renoncé et qui voudraient revenir sur leur renonciation (2). Mais il reste soumis pendant trente ans à la pétition d'hérédité, qui appartient aux héritiers qui n'ont pas renoncé; l'envoi en possession ne peut lui conférer une propriété incommutable, lui donner des droits que n'a pas l'héritier apparent. Le triomphe des réclamants dans la pétition d'hérédité qu'ils ont intentée produit les mêmes effets

1. V. l'exposé de la théorie de la rétroactivité dans Demol., XIII, 155, 157.

2. Bordeaux, 10 novembre 1886. D. 1888, 268.

que si elle avait été exercée contre des parents du sang.

B. — L'obligation de faire vérifier son titre en justice n'est pas la seule différence qui sépare le conjoint successeur irrégulier des héritiers légitimes ; tandis que ceux-ci, et c'est le désavantage de la saisine, en leur qualité de continuateurs de la personne, sont obligés aux dettes au delà de leur émolument, peuvent être poursuivis sur leurs biens personnels, le conjoint n'est tenu qu'*intra vires successionis*, dans les limites de l'actif qu'il recueille : les créanciers héréditaires ne peuvent lui demander compte que des valeurs qu'il a trouvées dans la succession. On rattache généralement à la saisine l'obligation de payer les dettes *ultra vires* qui est imposée aux héritiers légitimes. Le code consacre cette théorie ; mais cela ne veut pas dire qu'il ait raison. L'héritier externe du droit romain était tenu *ultra vires*, et cependant il n'avait pas la saisine.

L'obligation de payer les dettes *ultra vires* résulte pour les héritiers de leur qualité de continuateurs de la personne ; qualité qui est également le fondement de la saisine ; la saisine et l'obligation *ultra vires* sont les conséquences d'une même idée, elles ne dérivent pas l'une de l'autre ; l'article 724 ne considère comme représentants de la personne du défunt que les héritiers légitimes saisis ; les successeurs irréguliers sont de simples successeurs aux biens ; ils ne sont tenus qu'*intra vires* ; cette solution est peut-être peu juste, car les motifs pour lesquels les successeurs irréguliers n'ont pas la saisine ne concernent pas leurs rapports avec les créanciers, l'absence de saisine ne devrait avoir aucune influence sur ces rapports ; l'envoi en possession donnant les avantages de la

saisine devrait équitablement soumettre aux mêmes charges, mais le texte est clair, il faut s'y soumettre. M. Demolombe (XIII, 160) refuse cependant d'accepter la doctrine généralement enseignée. « Tous ceux, dit-il, qui à « quelque titre que ce soit recueillent tout ou portion « d'une universalité sont considérés dans le système du « code comme étant *loco heredum*. »

Le droit à une quotité de la succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes ; ce droit et cette obligation sont les conséquences corrélatives de tout titre successif universel. — A. On n'a voulu laisser subsister aucune différence entre les diverses personnes qui succèdent à titre universel ; l'obligation personnelle dont le successeur à titre universel est ainsi tenu existe avec toutes ses conséquences légales du moment où il est saisi des biens de la succession, soit que la saisine procède immédiatement de la loi, soit qu'elle procède de la délivrance. — B. Si l'on n'assimilait pas les successeurs irréguliers aux héritiers quant à l'obligation aux dettes, il faudrait dire que le code n'a pas réglé leur situation, ce qui est inadmissible ; tous les textes relatifs au règlement des dettes (art. 870, 871, 873, 875, 1009, 1013, 1220), comprennent sous la dénomination générique d'héritiers, les héritiers saisis, et les successeurs irréguliers, appelés par la loi, par opposition aux successeurs testamentaires et aux donataires. — C. Il fait enfin bon marché de l'ancien droit qui est contraire à sa doctrine, il n'appelait, dit-il, comme successeurs irréguliers que le roi ou le seigneur, le conjoint était considéré en général comme un héritier, saisi de tous les droits actifs et pas-

sifs du défunt dès l'instant de sa mort ; qu'importe ? cela rend-t-il moins certain la théorie traditionnelle à laquelle le code s'est conformé ? Admettant d'ailleurs qu'il ait voulu innover, il est un successeur irrégulier qui ne sera jamais tenu *ultra vires*, c'est l'Etat ; qu'on ne vienne pas dire qu'il ne succède pas, qu'il recueille en vertu de sa souveraineté, au nom et dans l'intérêt de tous, des biens sans maître, qu'il y a dans ce fait une acquisition par voie d'occupation plutôt que par succession. En bonne logique sans doute l'Etat ne devrait pas être héritier. Mais la loi le met au nombre des successeurs irréguliers ; on ne peut à moins de la contredire soutenir que son titre d'acquisition n'est pas la succession.

Le point de départ de la théorie de M. Demolombe n'est pas le même que le nôtre ; en établissant que le code faisait résulter l'obligation *ultra vires* de l'idée de continuation de la personne et de l'idée de saisine, nous avons montré que la cause efficiente n'existait pas pour le conjoint successeur irrégulier ; le Code lui-même semble vouloir éviter l'emploi d'expressions qui pourraient faire croire que les successeurs irréguliers continuent la personne ; il ne se sert pas du terme succéder ; les biens leur passent, dit l'article 724, établissant ainsi une différence bien nette entre les deux classes de successibles ; il arrivera que dans certains cas il n'y aura pas continuation de la personne du défunt ; qu'y a-t-il là de singulier ? On dit que l'absence de dispositions spéciales aux successeurs irréguliers prouve que le législateur les soumet aux mêmes règles que les héritiers légitimes, nous ne le contestons pas ; mais il faut distinguer ; pour

la mesure dans laquelle ils sont obligés, l'étendue de leur obligation est indiquée par l'article 724. Comment se répartiront ces dettes. Quels seront les recours de celui qui a payé ? c'est une autre question : ils sont à ces points de vue traités comme les héritiers légitimes. Nous ajouterons enfin que si les successeurs irréguliers étaient tenus *ultra vires* il faudrait sous peine d'être injuste organiser en leur faveur un système de protection analogue au bénéfice d'inventaire ; or, le Code ne contient aucune disposition en ce sens.

Le conjoint n'étant obligé qu'*intra vires* n'a pas à faire de déclaration au greffe comme l'héritier qui n'accepte que sous bénéfice d'inventaire ; lorsqu'il succède en propriété, un inventaire devra bien être dressé ; mais cette formalité qui n'est exigée que dans l'intérêt des héritiers qui pourraient se présenter n'est pas nécessaire pour limiter l'étendue de son obligation aux biens qu'il recueille ; s'il n'a pas fait d'inventaire, les créanciers seront seulement admis à faire par tous les moyens possibles, même par commune renommée preuve de la consistance de l'actif héréditaire ; s'il était impossible d'en déterminer le montant, le conjoint serait tenu de l'intégralité des dettes ; il serait présumé avoir trouvé dans la succession de quoi les acquitter. Les mêmes principes sont, nous le verrons, applicables à la succession en usufruit, à laquelle nous arrivons.

CHAPITRE III

DE LA SUCCESSION EN USUFRUIT. CONCOURS DU CONJOINT AVEC DES PARENTS AU DEGRÉ SUCCESSIBLE.

A la différence du douaire qui n'était accordé qu'aux veuves, l'usufruit organisé par la loi de 1891, profite au mari aussi bien qu'à la femme ; les motifs qui l'ont fait introduire militent également en faveur du survivant quel qu'il soit. Il est des législations étrangères qui n'admettent pas la réciprocité des droits de survie qu'elles établissent ; il en était ainsi en Espagne jusqu'en 1889 ; seule, la veuve qui n'avait rien reçu par testament avait droit à un quart des biens du mari ; le code roumain de 1864 n'attribue de droit de survie qu'à la femme et seulement si elle est pauvre.

C'est à titre de droit de succession que le conjoint recueille son usufruit ; les travaux préparatoires sont formels en ce sens ; la place qu'on lui a donnée dans le code ne laisse au surplus aucun doute ; c'est la qualité d'époux, l'affection que le *de cuius* est présumé avoir pour son époux qui est le fondement de ce droit ; quelle que soit la position du conjoint survivant riche, ou indigent, il exercera son usufruit.

On ne se préoccupe pas davantage du régime matrimonial adopté par les époux : qu'ils aient ou non un gain

de survie à espérer sur la fortune du prédécédé, que le contrat de mariage ait ou non réglé la situation du survivant (sauf cependant l'obligation d'imputer les libéralités qu'il renferme), le droit de succession nouvellement créé s'exercera.

Cet usufruit, avons-nous dit, est dévolu à titre de succession : ce n'est pas un avantage résultant tacitement des conventions matrimoniales. Il en résulte que :

A. — Il faut appliquer les règles qui déterminent à quelles conditions s'exerce le droit de succession : les cas d'incapacité et d'indignité sont ceux qu'admet le droit commun ; nous nous rapportons à ce que nous avons déjà dit pour la succession en propriété.

B. — S'il s'élève un conflit entre la loi française et une loi étrangère, il faut pour le résoudre se référer aux principes du droit international privé en matière de succession. Pour savoir si le conjoint survivant a la jouissance d'une quote-part du patrimoine du prédécédé et quelle sera cette quote-part on consultera non pas la loi qui régit les conventions matrimoniales (loi du domicile matrimonial), mais la loi qui règle la dévolution des biens ; la loi du pays dans lequel ils sont situés, pour les immeubles, la loi du pays dans lequel le défunt était légalement domicilié, pour les meubles (1) ; si les époux avaient leur domicile légal en France le survivant aura donc sur la succession mobilière du prémourant la jouissance que lui reconnaît la loi française.

1. Pau, 22 juin 1885, *J. Dr. int. pr.* 1887, p. 611 ; Cass., 22 février 1882, D. 1883, 1, 301. Cass., 11 février 1890, *J. Dr. int. pr.*, 1890, p. 302.

C. — La femme ne peut, pour assurer l'exercice de son droit invoquer son hypothèque légale sur les immeubles du mari.

Cette hypothèque attachée au fait même du mariage, prend naissance dès qu'il est célébré. L'article 2135, détermine son rang qui varie selon les créances qu'elle garantit; au nombre de ces créances, il mentionne la dot et les avantages résultant des conventions matrimoniales; on admet généralement, en effet, que l'expression de l'article 2135, 1^o (pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales comprend les divers avantages que la femme a stipulés par son contrat de mariage et qui font naître pour elle une créance contre son mari; ainsi elle pourrait se prévaloir de son hypothèque pour obtenir l'exécution des donations même éventuelles, telle qu'une institution contractuelle, la donation d'une somme à prendre sur le plus clair de la succession, qui lui ont été faites par son mari; le paiement du préciput stipulé payable sur les biens personnels de ce dernier; on considère même comme rentrant dans les conventions matrimoniales dont parle l'article 2135 les divers avantages qu'un texte de loi confère à la femme sur les biens du mari, sa créance pour le deuil, quel que soit le régime sous lequel elle est mariée, la créance qui sous le régime dotal lui est accordée pour ses aliments (Aubry et Rau, III, p. 220); ces avantages lui sont accordés sur le fondement de l'intention des parties contractantes; les dispositions de la loi sur ce point sont par suite censées faire partie du contrat de mariage et constituent des conventions tacites dont l'exécution doit être garantie de la même manière que

celle des conventions expresses. Il ne saurait en être de même pour l'usufruit légal ; car il ne se constitue pas une convention matrimoniale tacite ; la femme a plus qu'une créance contre la succession du mari ; elle a un droit héréditaire ; elle n'est pas créancière, mais héritière ; l'hypothèque serait sans fondement ; la femme a un droit réel ; elle ne peut avoir une hypothèque ; sans doute dans l'ancien droit la douairière qui avait sur les immeubles du mari un droit réel avait aussi une hypothèque. Mais l'usufruit légal n'a pas les caractères du douaire.

L'hypothèque légale des femmes mariées présente enfin de graves inconvénients : elle gêne la libre disposition des biens du mari ; souvent elle reste occulte ; par suite de la dispense de publicité dont elle jouit, les tiers qui ont traité avec le mari risquent de se trouver ruinés alors qu'ils ont cru prendre toutes leurs précautions ; aussi une loi récente est-elle venue faciliter la renonciation de la femme à cette garantie dangereuse pour le crédit public ; il est donc de l'intérêt général de ne pas favoriser l'extension d'un droit si nuisible pour les tiers, de ne l'accorder que lorsqu'on ne peut faire autrement, et ce n'est pas le cas dans notre hypothèse, où tout concourt à l'écarter.

Ces principes étant posés, nous aurons à rechercher quelle est la quotité de l'usufruit, à quelles conditions et en quelle qualité le conjoint le recueille, sur quels biens il porte, quels droits et quelles obligations il crée, comment il finit, comment les héritiers peuvent s'en exempter en le convertissant en rente viagère. Ce sera l'objet de six sections.

SECTION I

De la quotité de l'usufruit.

On n'a pas tenu compte pour la fixer des conventions matrimoniales intervenues entre les époux : c'eût été en rendant tel régime plus ou moins avantageux risquer de diminuer la liberté dont jouissent les parties pour choisir celui qui leur convient le mieux, et compliquer en même temps outre mesure la liquidation des successions qui sera bien assez difficile avec une quotité uniforme pour tous les régimes. Il eut fallu d'ailleurs rechercher en quoi chaque régime favorise les époux plus que tel autre ; or, il y a là, on le conçoit, une question de fait que la loi ne peut pas trancher. Ce sont aussi des circonstances de fait qui font que l'un ou l'autre des époux a un plus grand besoin des droits de survie, il eût été injuste de faire varier la quotité de l'usufruit selon qu'il serait réclamé par le mari ou par la femme ; les besoins sont les mêmes pour tous les deux ; ils sont au même degré dignes de la sollicitude du législateur.

Il eût été également singulier de faire varier l'étendue d'un droit héréditaire selon la fortune du successible ; que d'investigations blessantes il faudrait faire pour en connaître l'importance ?

C'est la présence d'héritiers du sang, qui empêche le conjoint de recueillir la succession toute entière ; c'est d'après la qualité de ces héritiers, leur degré qu'on déterminera la portion d'usufruit qui doit lui être attribuée. La

loi les a divisés en trois catégories : elle a mis dans la première les enfants issus du mariage ; elle a fait rentrer dans une deuxième les descendants que l'époux prémourant a eus d'une précédente union, enfin dans la troisième les ascendants et collatéraux privilégiés ou non, les parents naturels, même les enfants. Il faut déterminer quels sont les droits du conjoint en concours avec des héritiers de ces différents groupes.

1° *Le de cujus laisse des enfants nés du mariage.* — Même avant la loi récente, l'époux survivant se trouvait dans une certaine mesure à l'abri du besoin : il a en effet le droit de réclamer des aliments à ses descendants : mais le fondement de ce droit n'est pas sa qualité de conjoint ; c'est comme parent qu'ils lui sont dûs ; cette créance alimentaire contre ses enfants, il la conserve sous l'empire de la loi de 1891 : elle lui sera utile si son dénûment ne se manifeste qu'après l'expiration du délai durant lequel il doit former sa demande contre la succession du prédécédé. Si ses enfants sont mineurs de 18 ans ou non émancipés, il a la jouissance de tous leurs biens personnels parmi lesquels sont compris ceux qu'ils ont recueilli dans la succession du prédécédé. Mais cette jouissance légale a une durée limitée ; lorsqu'elle prendra fin le conjoint n'a plus droit qu'à la pension alimentaire ; or, on sait combien il est pénible pour un père ou une mère de se trouver dans la triste nécessité de demander la charité à leurs enfants. Aussi, même dans cette hypothèse, pour laquelle une réforme était moins nécessaire, l'époux survivant a-t-il son usufruit légal. De quelle quotité de biens jouira-t-il : plusieurs systèmes se présentaient pour sa détermi-

nation ; on pouvait adoptant un procédé de calcul semblable à celui qui sert à fixer la réserve et la portion disponible donner au survivant une part d'enfant, avec un minimum d'un quart s'il y a plus de trois enfants ; la quotité d'un quart pouvait en sens inverse être prise comme un maximum, ainsi que le code le fait dans la détermination du disponible spécial entre époux lorsque le disposant a des enfants d'une précédente union ; ce dernier système est celui de la loi italienne (C. Civ., art. 753) ; il est dangereux ; il risquerait en faisant souffrir l'époux survivant de l'existence d'un plus grand nombre d'enfants de lui créer un intérêt contraire au développement de la famille, à la prospérité de la nation. Aussi le législateur a-t-il sagement agi en adoptant pour tous les cas une quotité invariable : *quel que soit le nombre des enfants le conjoint aura toujours, mais n'aura que la jouissance d'un quart de la succession.*

La loi ne prévoit pas l'hypothèse où tous les enfants issus du mariage étant prédécédés, il ne reste que des petits-enfants ; il ne peut y avoir de difficultés ; les petits-enfants venant par représentation à la succession de leurs ascendants ont les mêmes droits que les enfants du premier degré dont ils prennent la place ; l'article 914 fait une application de ce principe pour la détermination de la réserve.

Faudra-t-il donner la même solution si les petits enfants viennent non par représentation, mais de leur chef, au cas de renonciation ou d'indignité des enfants du premier degré ; le texte pris à la lettre est contraire à l'affirmative : le conjoint en effet ne concourt pas avec des

enfants *issus* du mariage ; et ces petits-enfants succédant de leur chef, on ne peut dire qu'ils tiennent la place des enfants nés de l'union, il semblerait donc que le conjoint devrait jouir de la portion des biens à laquelle il a droit dans tous les cas non prévus par les paragraphes 3 et 4 ; nous croyons que tel n'est pas l'esprit de la loi ; elle a pris le mot enfants dans le sens général de descendants ; on ne voit pas pourquoi les petits-enfants traités comme les enfants du premier degré, lorsqu'il y a lieu de donner une réserve, seraient en présence du conjoint assimilés à des collatéraux.

On peut se demander si par cela seul que le *de cujus* laisse des enfants, alors même qu'ils renonceraient, le conjoint n'a droit qu'à l'usufruit du quart ; doit-on pour déterminer la quotité de cet usufruit s'attacher à la qualité des parents laissés par le prémourant, ou seulement à la qualité de ceux qui sont effectivement co-héritiers ! cette dernière doctrine nous semble préférable ; en matière de succession, les expressions laisse des enfants sont dans la langue juridique synonymes de celles-ci : laisse des enfants qui sont héritiers. Ainsi lorsque dans l'article 757, la loi suppose que le *de cujus* a laissé des enfants légitimes, elle entend évidemment qu'il a laissé des enfants qui succèdent. C'est d'ailleurs dans l'intérêt des enfants que les droits du conjoint ont été restreints ; lorsque cet intérêt n'est pas en jeu, et il en est ainsi dans notre espèce, peu leur importe de quelle partie le conjoint jouira ; les parents appelés à leur défaut ne peuvent se prévaloir pour faire réduire ses droits d'intérêts qui ne sont pas les leurs.

Le texte ne restreint le droit du survivant qu'autant que le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage. Les enfants nés avant la célébration du mariage, qui reconnus au plus tard dans l'acte du mariage sont légitimés, ne semblent donc pas compris dans cette disposition ; l'article 333 C. civ. leur reconnaît cependant les mêmes droits qu'aux enfants nés légitimes ; la question est délicate ; elle doit, croyons-nous, être tranchée en faveur des enfants ; toutes les fois que le législateur accorde un droit aux enfants légitimes il l'accorde aux enfants légitimés ; il en est spécialement ainsi pour la réserve ; on n'a pas voulu que la faute des parents ; plus tard réparée ; cause un préjudice aux enfants innocents ; on a oublié qu'ils étaient nés d'une union irrégulière ; tels étant les motifs qui ont dicté l'article 333, c'est à tous les points de vue que les enfants légitimés doivent être assimilés aux enfants légitimes en matière de succession, notamment pour l'application du nouvel article 767-8. *A fortiori* doit-il en être de même pour les enfants, qui nés depuis la célébration du mariage ont été conçus avant ; sans doute, à s'en tenir à l'interprétation littérale du texte, ils ne sont pas issus du mariage ; mais l'esprit de la loi doit ici, nous l'avons vu, l'emporter sur la lettre.

Nous ne donnerons pas la même solution pour les enfants adoptifs ; le texte d'abord ne le permet pas ; d'autre part, les motifs de la restriction apportée au droit du conjoint dans l'intérêt des enfants communs n'existent plus : le lien que crée l'adoption n'est pas aussi puissant que celui du sang ; on peut sans injustice les mettre dans la même catégorie que les ascendants et collatéraux. Les

droits du conjoint ne doivent être réduits que s'ils sont en concurrence avec des intérêts plus respectables; sans doute les enfants adoptifs sont héritiers réservataires; leurs droits sous ce rapport sont les mêmes que ceux des enfants légitimes; mais si des devoirs sont imposés à l'adoptant, on conçoit que le conjoint de celui-ci ne soit tenu envers eux d'aucune obligation.

Les enfants naturels sont traités comme les collatéraux; on aurait pu peut-être établir dans la quotité de l'usufruit du conjoint une proportion analogue à celle que la loi établit dans les droits des divers parents en concours avec eux; on a craint que cette combinaison plus rationnelle et plus équitable pour ceux-ci n'entraîne dans la liquidation des successions des complications qu'il était bon d'éviter: aussi a-t-on donné au conjoint les mêmes droits, qu'il se trouve en présence de collatéraux ou d'enfants naturels. En Italie, les enfants naturels sont mis sur la même ligne que les frères et sœurs et plus favorablement traités que les autres collatéraux. Notre système, il faut le reconnaître, aggrave encore les déchéances, considérables pourtant, dont le Code frappe le vice de la naissance. Toutefois les enfants naturels ont droit à une réserve, bien faible sans doute, mais qui ne peut leur être enlevée. Les biens qui la composent échappent à l'usufruit du conjoint.

Puisque la présence d'un enfant naturel parmi les héritiers ne diminue en aucun cas l'étendue du droit du conjoint, il n'y a pas à se préoccuper de l'article 337, qui efface en faveur de l'époux survivant les effets de la reconnaissance, faite par le prédécédé durant le mariage,

d'un enfant qu'il aurait eu d'une autre que de son conjoint; toutefois le survivant qui n'est pas l'auteur de la reconnaissance pourrait exercer son usufruit même sur les biens qui composent la réserve de cet enfant, sinon la reconnaissance lui nuirait.

2^o *L'époux prédécédé avait des enfants d'un précédent mariage.* — Cette hypothèse devait particulièrement éveiller la sollicitude du législateur; les enfants du premier lit ont en général à souffrir du convol et l'expérience n'a malheureusement que trop souvent prouvé que le deuxième époux ne remplace pas pour eux le père ou la mère qu'ils ont perdu : il convient de les protéger contre les entraînements d'une passion aveugle : c'est ce qu'a fait l'article 1098, qui a restreint en leur faveur la quotité de biens dont le survivant peut disposer en faveur de son nouvel époux. La loi ne pouvait se montrer plus libérale qu'elle ne permet de l'être; aux avantages qu'elle accorde elle doit apporter les mêmes limites qu'à ceux qu'elle autorise, aussi le paragraphe 4 reproduisant les termes mêmes de l'article 1098 restreint-il dans cette hypothèse à une part d'enfant légitime le moins prenant, en supposant qu'ils n'ont pas des parts égales par suite et avantages faits à l'un d'eux, sans qu'elle ne puisse excéder le quart de la succession, la part de biens qui peut être grevée de la jouissance du conjoint.

Peu importe que les enfants que le prédécédé a eu d'un autre lit viennent directement à sa succession ou qu'ils soient représentés par leurs descendants; ceux-ci ont les mêmes droits; il en serait ainsi alors même qu'ils succéderaient de leur chef; il n'y a pas de bonne raison pour

les traiter différemment, ils sont dans tous les cas aussi dignes d'intérêts que les enfants du premier degré dont ils sont issus.

Les enfants que le conjoint prémourant aurait légitimés par un précédent mariage doivent être assimilés aux enfants qui seraient nés de cette première union ; le survivant qui concourt avec eux n'a que les droits que lui confère l'article 767-4°.

Comme dans la précédente hypothèse si pour une cause quelconque ces enfants ne recueillent pas la succession de leur auteur, on n'a égard qu'à la qualité des parents qui sont réellement héritiers.

3° *Le de cujus laisse comme héritiers des enfants naturels, des parents légitimes ou naturels, réservataires ou non.* — La quotité de l'usufruit a été, quel que soit le degré des héritiers avec lesquels le conjoint concourt, fixé d'une façon invariable ; « le droit du conjoint est de moitié dans tous les autres cas, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers, dit l'article 767-5°. « On n'a pas voulu en graduer la quotité selon le rang des successibles, afin de ne pas être obligé d'opérer le remaniement de plusieurs articles du code.

Quelques législations étrangères ont cependant adopté le système rejeté par la nôtre. Le code civil espagnol de 1889 attribue au conjoint $\frac{1}{3}$ lorsque le prédécédé laisse des ascendants ; $\frac{1}{2}$ s'il laisse des frères, sœurs et neveux ; dans le *canton* de Vaud, ses droits sont plus étendus si le *de cujus* n'a ni père, ni mère, ni frères ou sœurs ou descendants d'eux. Il en est encore ainsi en Italie (C. civ. art. 754-755) ; si le prémourant laisse comme héritiers des

ascendants et frères et sœurs ou descendants d'eux, son conjoint succède à un tiers en propriété; il n'a qu'un quart s'il concourt avec des ascendants légitimes et des enfants naturels; s'il n'y a que des ascendants, ou des frères et sœurs il prend la moitié; les $\frac{2}{3}$ lui sont attribués s'il se trouve en présence de collatéraux jusqu'au sixième degré, autres que les frères et sœurs. De même en Prusse, tandis qu'il n'a droit qu'à un tiers s'il concourt avec des frères et sœurs ou des ascendants, il a la moitié s'il n'y a que des collatéraux. Le projet de code allemand lui donne l'usufruit de la succession entière quand il n'existe que des héritiers du dernier ordre.

Ce dernier système semble préférable; il est plus conforme à l'ordre des affections présumées de faire varier l'étendue des droits du conjoint avec le degré de parenté des héritiers; le père, la mère, les ascendants, les frères et sœurs occupent certainement dans le cœur du défunt une place plus grande que des cousins éloignés, qu'il ne connaissait peut-être pas: on fait la part trop belle au conjoint, en lui laissant, lorsqu'il concourt avec des ascendants, qui le plus souvent sont les auteurs de la fortune de son époux, la jouissance de la moitié de cette fortune; il est juste sans doute de se montrer généreux envers celui qui avait associé sa destinée à la nôtre; mais l'enfant a aussi des devoirs envers ses parents; la loi nouvelle interprétant faussement sa volonté s'est montrée trop libérale en son nom.

SECTION II

A quelles conditions et en quelle qualité le conjoint à son usufruit.

Les conditions sont celles indiquées plus haut pour la succession en propriété. Nonobstant quelques réclamations formulées dans la discussion, on n'a pas voulu donner la saisine au conjoint, lui faire prendre place parmi les héritiers légitimes. Les adversaires de cette solution disaient, que puisque le conjoint désormais concourt avec tous les parents on devait relever sa condition, ne pas le traiter plus durement que les légataires universels, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers réservataires ; il n'est pas illogique, comme on pourrait l'objecter, de déclarer saisi un successeur en usufruit ; dans l'hypothèse de l'article 754, le père ou la mère qui ont la jouissance d'une partie du lot des collatéraux est bien saisi quant à cette jouissance ; à ces raisons on a répondu péremptoirement que le mariage, source de la parenté ne la crée pas entre les époux ; le conjoint n'est ni parent, ni continuateur de la personne ; la consanguinité seule fait les héritiers : la saisine ne peut lui appartenir ni par le sang, ni naturellement.

Dans l'ancien droit, il est vrai certaines coutumes (Paris, art. 256), donnaient à la veuve la saisine du douaire. Mais cette solution était loin d'être partout acceptée : en Normandie la saisine du douaire était refusée ; l'ancien droit ne peut donc être utilement invoqué.

Le conjoint, n'étant que successeur irrégulier, est obligé de s'adresser soit aux héritiers ou légataires universels saisis, soit aux successeurs irréguliers qui recueillent la propriété à défaut d'héritiers, et ont eux-mêmes régulièrement obtenu l'envoi en possession ; si une entente à l'amiable est impossible il aura recours au tribunal de l'arrondissement dans lequel s'est ouvert la succession. Bien qu'il n'ait pas encore formé sa demande au moment où elles ont lieu, il peut prendre part aux opérations préliminaires du partage (apposition et levée des scellés : inventaire, estimation et composition des lots). Il suffit qu'il prouve pour obtenir l'envoi en possession le décès de son conjoint duquel dépend l'ouverture de son usufruit, et la quotité à laquelle il a droit.

Mais l'obligation de demander l'envoi en possession ne l'empêche pas d'avoir droit aux fruits à compter du jour du décès ; c'est à ce moment en effet que s'est ouvert son droit, les émoluments qu'il procure sont dus dès cet instant ; d'autre part la loi accorde cet usufruit à titre alimentaire : or, l'article 1015 dispose que les arrérages d'une rente viagère ou d'une pension léguée à titre d'aliments sont toujours dus du jour du décès du testateur, afin que le légataire bénéficie immédiatement du secours que doit lui procurer le legs ; on peut par analogie étendre cette disposition à l'usufruit légal du conjoint qui a le même fondement.

Tant qu'il n'a pas obtenu l'envoi en possession il ne peut exercer les actions relatives à la jouissance.

Il n'est tenu des dettes qu'*intra vires emolumentii*. Il ne pourra pas être obligé de payer les intérêts du passif

pour une part proportionnelle à celle qu'il prend dans la jouissance de l'actif, au delà du bénéfice que lui procure cette jouissance ; nous reviendrons sur cette question.

Le conjoint n'est pas réservataire ; le prédécédé peut donc priver le survivant de l'usufruit, comme d'après la loi de 1866, il peut le priver de la jouissance des droits d'auteur. On a dit cependant qu'il était bon de le mettre à l'abri d'une exhérédation injuste ; on s'est appuyé sur l'ancien droit qui permettait à la douairière de faire révoquer les aliénations consenties par le mari, lorsque les biens restant dans la succession de celui-ci étaient insuffisants pour assurer l'exercice intégral du douaire. A l'étranger, plusieurs législations accordent une réserve à l'époux ; en *Italie* (C. civ., art. 820), elle est d'une part d'enfant légitime avec un maximum d'un $\frac{1}{4}$, s'il concourt avec des descendants, d'un $\frac{1}{4}$ si le défunt ne laisse que des ascendants, d'un $\frac{1}{3}$ s'il laisse des collatéraux. En *Prusse*, la loi réserve au conjoint un $\frac{1}{2}$ de ses droits de succession *ab intestat*. En *Saxe* la réserve de l'époux varie suivant la proximité des héritiers avec lesquels il concourt du quart à la moitié de la succession (C. du royaume de Saxe, art. 2564). L'attribution d'une réserve est le droit commun allemand. A *Zurich* la réserve est fixée aux trois quarts de la portion héréditaire (C. de 1887, art. 2027). Une réserve existe également en *Russie* (svod. 1148).

La proposition Bourzat en 1850 faisait du conjoint un réservataire (art. 6). La négative a triomphé dans la loi de 1891. Il faut se garder à une époque où tant de causes diverses tendent à désorganiser la famille d'affaiblir par

une immunité nouvelle le sentiment et le respect des devoirs conjugaux. La séparation de corps est un remède extrême dont l'application est le plus souvent désastreuse : il faut que sans être forcé d'y recourir le conjoint puisse punir son conjoint qui lui a donné de graves sujets de mécontentement ; il est juste aussi que dans certains cas l'époux survivant puisse être exhéredé, bien que son conjoint n'ait contre lui aucun motif d'animosité ; s'il a une fortune personnelle considérable, tandis que les héritiers du prédécédé sont dans la gêne : l'exhérédation n'a alors rien de désobligeant pour celui qui en est l'objet. La création d'une réserve, disait en 1876 le rapporteur du Sénat, introduirait la spéculation dans le mariage. L'époux exhéredé conserve d'ailleurs sa part dans la communauté (1).

L'exhérédation peut être expresse ou résulter tacitement des dispositions prises par l'époux prédécédé ; il n'est pas tenu de la motiver lorsqu'elle est pure et simple ; la jurisprudence n'admet pas en droit commun la validité d'une exhérédation sans disposition au profit de tiers ou des héritiers du degré subséquent ; ainsi, le fait d'exclure tous ses héritiers de sa succession, n'emporte pas disposition tacite au profit de l'Etat ; l'exhérédation est considérée comme non avenue ; la succession est dévolue aux héritiers *ab intestat* dans l'ordre où ils sont appelés par la loi ; mais elle décide en même temps qu'il faut toujours rechercher si derrière une exhérédation qui semble pure et simple ne se cache pas une institu-

1. *Rev. Critique*. 1874, p. 209, Bonnet.

tion (1) ; nous croyons que c'est toujours en ce sens que devra être interprétée l'exhérédation pure et simple du conjoint ; le testateur doit être présumé avoir eu l'intention d'attribuer l'usufruit qu'il enlève à son époux aux héritiers *ab intestat* qui auraient eu à souffrir de son concours : on ne fait en cela qu'appliquer la règle de droit et de bon sens, que tout acte doit être interprété dans le sens où il peut produire des effets que dans celui de la nullité.

La loi française ne détermine pas les causes d'exhérédation ; il en est différemment dans quelques lois étrangères ; l'article 855 du Code civil espagnol de 1889 énonce de justes motifs d'exhérédation entre conjoints : il indique comme spéciaux aux époux les faits susceptibles d'entraîner la séparation de corps ou la déchéance de la puissance paternelle, le refus d'aliments aux enfants. Nous trouvons des dispositions analogues dans le code du canton de Zurich de 1887 (art. 992).

L'exhérédation ne pourra avoir lieu que dans un acte qui remplira les conditions exigées par la loi pour pouvoir constituer un testament, puisqu'elle emporte disposition tacite au profit des héritiers ; elle ne pourrait se trouver dans le contrat de mariage ; elle constituerait un pacte sur succession future, nul d'après l'article 1130.

Nous avons dit qu'elle peut résulter de dispositions faites par le *de cujus*. L'époux survivant n'aurait aucun droit à réclamer sur les biens du prédécédé, si celui-ci a institué un légataire universel pour la pleine propriété ou

1. Cass., 10 février 1869 : D. 1869, 1, 175.

seulement pour l'usufruit : le légataire universel, ayant vocation au tout, appréhende la succession entière, sans que le conjoint qui n'est pas réservataire puisse contester son droit ; de même, la disposition de l'usufruit de toute la succession équivaut à une exhérédation tacite, contre laquelle le conjoint n'est pas admis à se plaindre.

Si par une cause quelconque le légataire ne recueille pas son legs, le droit du conjoint renaîtrait, même s'il avait été exclu par le testateur, si cette exclusion toutefois n'a eu lieu que pour faire place au successeur universel qu'il a choisi. Ce legs devenant caduc le conjoint reprendrait les droits que lui assigne la loi. Mais lorsque l'exhérédation est formelle il ne saurait en être de même ; le législateur n'a entendu constituer un droit de jouissance au profit de l'époux survivant qu'autant que le prédécédé n'a pas manifesté l'intention de l'en priver. Qu'importe que par une cause quelconque le droit dont il a disposé rentre dans l'ensemble de l'hérédité ? La volonté exprimée par le *de cujus* n'en demeure pas moins un obstacle absolu à ce que son conjoint revendique l'usufruit légal.

Le projet voté au Sénat en 1877 renfermait une disposition ainsi conçue : « Les dispositions qui précèdent, en ce qui concerne l'usufruit, cesseront de recevoir leur application toutes les fois que les droits du conjoint auront été réglés, soit par le contrat de mariage, soit par donation entre époux, soit par testament. » M. Bernard, auteur de cet amendement, pensait que le droit d'usufruit réservé au conjoint survivant est la conséquence d'une présomption de volonté : or, toutes les fois que la volonté du *de cujus* se sera manifestée, il ne peut

plus être question de faire intervenir la loi, qui ne fait en réalité que le testament présumé du prémourant et n'est faite que pour l'absence de dispositions entre vifs ou testamentaires, disait M. Ernest Picard (1).

Mais c'était enlever à la réforme une grande partie de son utilité ; il y avait en outre antinomie entre cette disposition et celle du § 6 du même projet, obligeant le conjoint à imputer sur son droit les libéralités par lui reçues de son conjoint. Aussi ce paragraphe disparut du projet de la commission de la Chambre des Députés en 1890. « Votre commission, disait M. Piou, s'est refusée à voir
« dans une donation si minime qu'elle fût, contenue dans
« un contrat de mariage, inspiré par des parents qui sont
« intéressés à conserver les biens dans les familles, ou
« dans un testament par lequel il n'est pas certain que
« le conjoint ait voulu se montrer moins généreux que la
« loi, la preuve que le défunt a entendu restreindre les
« droits de son conjoint à la part que lui fait cette dona-
« tion ou ce testament. » Cette sorte d'exhérédation qui serait peut-être devenue de style n'a pas été maintenue.

Comme tout successeur le conjoint peut renoncer au droit héréditaire que lui accorde la loi. Mais pour être considéré comme une renonciation, sa renonciation doit être pure et simple ; faite à titre onéreux elle constitue une acceptation ; il reste tenu de payer les droits de mutation. La loi organise une sorte de renonciation à titre onéreux ; elle permet la conversion de l'usufruit en une rente

1. *Off.*, 10 mars 1877, p. 1820.

viagère ; nous reviendrons sur cette faculté qu'elle accorde aux héritiers. La renonciation à l'usufruit ne pourrait avoir lieu ni dans le contrat de mariage ni durant le mariage ; la succession n'étant pas encore ouverte. Il y aurait une renonciation à une succession future, qui est prohibée par l'article 791 ; on sait qu'il en est de même pour la renonciation aux avantages qui résultent en faveur des époux des conventions matrimoniales, notamment à une institution contractuelle (1) : mais il n'y a alors qu'une application du principe de l'immutabilité de ces conventions (2). Notons que dans l'ancien droit la femme pouvait par son contrat de mariage renoncer au douaire.

Nous ne croyons pas que le conjoint soit tenu de faire sa renonciation dans les formes exigées par l'article 784 civ., c'est-à-dire par acte au greffe ; il est successeur irrégulier ; or, le chapitre relatif à l'acceptation et à la renonciation ne s'applique qu'aux héritiers légitimes ; il suffirait donc qu'il ne demande pas l'envoi en possession ; la renonciation résulterait d'un ensemble de faits et circonstances établissant son intention persistante de s'abstenir. La jurisprudence l'admet pour les avantages stipulés par le contrat de mariage, pour les donations entre époux faites sous la condition de survie de l'époux donataire (3).

Il n'y a pas de raison pour ne pas admettre la même solution lorsqu'il s'agira de l'usufruit légal ; il est juste d'éviter au conjoint des formalités et un déplacement

1. Paris, 9 février 1875. D. 1875. 2. 157.

2. Guillouard, *Contrat de mariage*, I, 234.

3. Cass., 29 mai 1838. D. 1838, 1, 349.

coûteux, ou les frais d'une procuration. Il pourrait se faire cependant que l'administration de l'enregistrement ne se contente pas d'une renonciation qui ne serait pas faite dans certaines formes; elle admet bien que la renonciation à un legs peut à l'égard du fisc être faite par acte notarié; et les droits de mutation ne sont pas réclamés aux légataires (Déc. Min. Fin., 29 juin 1808); mais elle ne tient pas compte de la renonciation par acte sous seing privé (Sol., 27 mars 1878) qu'une jurisprudence récente déclare valable (1 et 2).

SECTION III

Sur quels biens se calcule et s'exerce l'usufruit.

Les paragraphes 6, 7 et 8 du nouvel article 767 sont ainsi conçus :

« Le calcul sera opéré sur une masse faite de tous les
« biens existant au décès du *de cujus*, auxquels seront
« réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par
« acte entre-vifs, soit par acte testamentaire, au profit
« de successibles sans dispense de rapport.

« Mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit
« que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé, ni
« par acte entre-vifs, ni par acte testamentaire, et sans
« préjudicier aux droits de réserve, ni aux droits de re-
« tour.

1. Toulouse, 20 janvier 1881. D. 1882, 1, 413; Pau, 22 avril 1884. *Gaz. Pal.*, 1884, 1, 1084.

2. V. *Rép. du notariat*, 1891, n. 1573, p. 834.

« Il cessera de l'exercer dans le cas où il aurait reçu
« du défunt des libéralités, même faites par préciput et
« hors part, dont le montant atteindrait celui des droits
« que la présente loi lui attribue, et si ce montant était
« inférieur, il ne pourrait que réclamer le complément de
« son usufruit. »

Nous devons présenter le commentaire de ces dispositions ; deux questions doivent être résolues : quels sont les biens qui composeront la masse sur laquelle se calculera l'usufruit, sur quels biens pourra-t-il effectivement s'exercer.

§ 1. — *Composition de la masse sur laquelle se calcule
l'usufruit.*

Il faut dès le début poser en principe que seuls les biens qui se trouvent dans la succession au jour où elle s'ouvre doivent y être soumis ; il n'y a donc pas lieu de tenir compte de ceux qui sont définitivement sortis du patrimoine du *de cuius*, et peu importe comment ils en sont sortis, qu'ils aient été volontairement aliénés à titre onéreux, qu'il en ait libéralement disposé en faveur des tiers.

Le principe conduit à décider que doivent être laissés en dehors de la masse les biens dont le conjoint prédécédé n'était propriétaire que sous la condition résolutoire de son prédécès, qui à sa mort devaient faire retour à d'autres personnes qu'à ses héritiers ; tels sont les biens qui lui ont été donnés avec la clause de retour conventionnel (Civ. 951), le donataire est, si la condition résolutoire

se réalise, réputé n'avoir jamais été propriétaire des biens compris dans la donation ; comment seraient-il compris dans la masse sur laquelle doit se calculer l'usufruit ?

Il en est de même des biens donnés par un ascendant à son descendant, qui lorsque le donataire meurt sans postérité font retour au donateur, aux conditions déterminées par l'article 747 ; sans doute le droit de l'ascendant n'est pas un droit de retour ; c'est un droit de succession : le donataire a acquis la propriété incommutable des biens donnés ; mais lorsqu'il y a lieu à la succession anormale, il y a en réalité deux successions indépendantes, deux patrimoines distincts, deux masses de biens ; les biens qui composent la succession anormale ne font pas partie de la succession ordinaire : ils restent en dehors : dès lors on ne doit pas en tenir compte pour déterminer l'étendue de la jouissance du conjoint.

Ne sont pas compris dans la succession les biens qui sont dans le patrimoine du *de cujus* grevés de substitution, au cas où la substitution vient à s'ouvrir : le grevé est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire ; ces biens n'augmentent pas la masse sur laquelle porte l'usufruit ; il en serait ainsi alors même que les appelés, qui sont nécessairement les enfants du grevé accepteraient purement et simplement la succession de leur auteur ; sans doute ils doivent alors supporter les droits réels qui de son chef frappent les biens, objet de la substitution ; mais il ne s'agit pas de savoir si ces biens seront soumis à l'usufruit du conjoint du grevé : nous recherchons seulement s'ils doivent être compris dans la masse sur laquelle cet usufruit se détermine. Dans l'ancien droit les biens grevés de substitu-

tion n'étaient pas en principe affectés au douaire de la veuve : il y avait à cette règle quelques exceptions ; ils pouvaient y être subsidiairement soumis si l'auteur de la substitution étant un ascendant, un frère ou une sœur du mari, les appelés étaient ses enfants (Ord. de 1747, art. 45 et 53 : Poth., D. 61 et s.). Ces exceptions avaient été admises dans le but de favoriser le mariage du grevé : elles ne se présentaient que dans les cas où aujourd'hui les substitutions sont permises ; faut-il en conclure qu'on devrait encore comprendre dans la succession les biens transmis aux appelés ; certainement non ; aucun texte ne déroge pour l'usufruit légal aux effets de la condition résolutoire qui anéantit rétroactivement les droits du grevé.

Lorsque l'époux prédécédé a consenti des libéralités à des tiers, les biens qu'elles comprennent étant définitivement sortis de son patrimoine, sauf l'action en réduction qui appartient aux réservataires, si elles excèdent le disponible, n'entrent pas en ligne de compte pour la détermination de l'usufruit du survivant.

Il n'en est pas de même si le défunt a disposé soit en faveur de l'un ou de plusieurs de ses héritiers, soit en faveur de son conjoint. La loi a, pour rétablir entre les cohéritiers l'égalité rompue par des dispositions entre-vifs ou à cause de mort, organisé la théorie du rapport ; toute libéralité est présumée faite en avancement d'hoirie : elle est rapportable à moins qu'elle n'ait été faite expressément par préciput et hors part. *Cette obligation du rapport sera-t-elle imposée aux héritiers avantagés, en concours avec le conjoint successeur en usufruit ?* La Chambre des

députés estimait qu'il devait en être ainsi, et acceptait la théorie du rapport avec toutes ses conséquences : les héritiers auraient été tenus de remettre à la masse les biens par eux reçus en avancement d'hoirie ; ce système est d'une logique rigoureuse si l'on considère le conjoint comme venant à la succession de son époux dans les mêmes conditions qu'un successible ordinaire ; l'enfant naturel successeur irrégulier, en concours avec des héritiers légitimes, a le droit d'exiger d'eux le rapport, comme ils peuvent l'obliger à imputer sur sa part héréditaire les avantages qu'il a reçus de ses parents ; pourquoi ferait-on au conjoint une situation différente ? on le conçoit d'autant moins qu'il serait injuste à l'égard des enfants non dotés de ne pas imposer le rapport de leur dot à ceux au profit desquels il en a été constitué une. Le système de la Chambre avait en outre l'avantage de ne pas innover et de ne pas introduire de nouvelles complications dans la liquidation des successions. Mais il eût été d'une rigueur excessive pour les successibles avantageés, dans la fortune desquels il aurait jeté de grandes perturbations ; souvent contraire aux intentions du disposant, il était en outre nuisible aux intérêts du crédit public. Le Sénat, adoptant l'avis d'un grand nombre de facultés, notamment de celle de Paris, l'avait tout d'abord entièrement repoussé ; il voulait que l'usufruit ne se calculât et ne s'exercât que sur les biens qui se trouvent réellement dans la succession ; mais ce système aurait eu le grave inconvénient de rendre souvent illusoire le droit que l'on reconnaissait au conjoint. Supposons que le défunt qui avait une fortune de 100.000 francs ait disposé

de 80.000 francs en avances d'hoirie ; il ne reste dans la succession que 20.000 francs ; si son conjoint a la jouissance du quart des biens : et si on ne tient aucun compte des biens donnés, son usufruit ne portera que sur 5.000 francs. Touché de cette conséquence, le Sénat, en 1890, sans aller toutefois aussi loin que la Chambre, abandonna son premier système pour en adopter un nouveau que le rapport de M. Delsol appelle intermédiaire ou plutôt mixte (1). Il emprunta au projet de la Chambre cette idée, que les biens donnés ou légués par le *de cujus* à un ou plusieurs de ses successibles, sans clause de préciput, doivent être pris en considération pour déterminer sur quelle valeur le conjoint aura son usufruit ; l'étendue de cet usufruit doit se calculer d'après le projet de la Chambre ; nous verrons dans le paragraphe suivant que les biens ainsi rapportés échappent à la jouissance légale. Dans notre exemple, le droit du conjoint se calculera sur une masse de 100.000 francs et non plus seulement sur 20.000 francs ; il aura donc la jouissance de 20.000 francs, au lieu de 5.000 francs comme dans le premier projet du Sénat.

Ce système de rapport fictif n'est pas nouveau dans nos lois ; le rapporteur du Sénat faisait remarquer que l'article 922 renferme une théorie analogue pour le calcul du disponible légué à un étranger, tel que le fait la jurisprudence (Cass., 6 janvier 1890 ; Aubry et Rau, VI, § 630 ; VII, § 690). Primus qui lègue la quotité disponible à son ami Secundus a deux enfants auxquels il a

1. *Off.*, 1890, *Doc. Parl.*, p. 407.

donné 70.000 francs : à sa mort il reste dans sa succession 20.000 francs ; pour déterminer l'étendue du legs fait à Secundus, il faut ajouter à ces 20.000 francs les 70000 francs donnés ; le disponible se calculera donc sur 90.000 francs ; cette solution ressort de l'article 922 qui exige que tous les biens donnés soient fictivement réunis aux biens laissés par le *de cujus*. Dans notre exemple, le disponible étant du tiers, c'est à 30.000 francs que Secundus a droit ; mais comme dans la succession il ne reste que 20.000 francs, il devra s'en contenter, sans pouvoir exercer de recours contre les réservataires, donataires en avancement d'hoirie. La situation du conjoint est analogue à celle du légataire du disponible. Un procédé assez semblable était adopté dans l'ancien droit pour la détermination de la part d'enfant dont le conjoint qui se remariait avait disposé en faveur de son nouvel époux ; le donataire ne pouvait exiger des enfants du premier lit qu'un rapport fictif servant à fixer la quotité de biens à laquelle il avait droit ; mais il ne pouvait réclamer que les biens qui se trouvaient dans la succession du donateur (Denizart, rapport, n. 7),

Les biens donnés à des successibles ne doivent pas être rapportés même fictivement lorsque la libéralité leur a été faite par le préciput et hors part.

Faut-il pour déterminer la valeur qui doit être rapportée, distinguer quant à l'époque où doit se faire l'évaluation, selon qu'il s'agit de biens mobiliers ou immobiliers ? Cette distinction est faite par le code pour le rapport dû par un cohéritier à ses cohéritiers ; la valeur des immeubles s'apprécie à l'époque de l'ouverture de la suc-

cession (art. 860); le rapport des meubles au contraire se fait sur le pied de leur valeur lors de la donation (art. 868). Nous ne pensons pas que ces règles doivent être appliquées, lorsqu'il s'agit de former la masse sur laquelle se calculera l'usufruit du conjoint; les rédacteurs de la loi de 1891 ont comparé le rapport exigé dans ce cas des cohéritiers à celui qui s'effectue conformément à l'article 922; c'est donc à ce texte qu'il faut se référer pour déterminer les conditions auxquelles est soumis ce rapport; cette solution doit d'autant plus être acceptée que la règle formulée par l'article 868 est très critiquable, notamment lorsqu'il s'agit de titres de bourse dont la valeur est sujette à de brusques variations. C'est donc dans tous les cas la valeur qu'avaient les biens au jour du décès du disposant, en supposant qu'ils sont restés dans l'état où ils étaient au moment de la donation, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des améliorations ou détériorations qui seraient le fait du donataire, qui sera fictivement ajoutée aux biens existants. Si le *de cujus* avait donné en avancement d'hoirie à un de ses héritiers des rentes sur l'Etat, actions ou obligations, elles seront évaluées d'après le cours au jour du décès, non d'après ceux du jour de la donation. On pourrait reprocher à ce système d'adopter une base d'évaluation différente, selon que le rapport est fait au profit des cohéritiers ou en faveur du conjoint; l'objection sans doute est spécieuse; mais le même résultat ne se produit-il pas lorsqu'il y a lieu d'après le code d'appliquer simultanément les articles 868 et 922; la faute en est au législateur qui n'aurait pas dû, tout au moins pour les valeurs de bourse,

adopter la base d'évaluation de l'article 868, et établir entre les meubles et les immeubles une différence qui ne se conçoit plus, étant donné l'accroissement constant et l'importance de la fortune mobilière.

Il peut arriver enfin que ce soit à l'époux survivant que le *de cujus* ait fait une libéralité ; les époux conservent en effet la faculté de se faire tels avantages qu'ils croiront utiles, à condition de respecter les dispositions des articles 1094 et 1098. Si leur montant atteint celui des droits que lui attribue l'article 767, le donataire cessera d'exercer son usufruit ; si le montant était inférieur il ne pourrait réclamer que le complément de sa jouissance. Cette obligation dérive logiquement de celle qui est imposée aux héritiers ; elle a les mêmes motifs, le respect des intentions présumées du défunt.

Le conjoint ne peut en disposant en faveur de son conjoint le dispenser de l'imputation ; il y a en cela dérogation au droit commun. Pour lui on ne tient aucun compte de la clause de préciput ; et cela sans injustice. En accordant à l'époux survivant un droit de jouissance sur les biens du prédécédé, la loi n'a certainement pas voulu l'enrichir ; elle n'a eu qu'un but : le mettre à l'abri du besoin, lui assurer des moyens de subsistance en rapport avec sa condition sociale : ce résultat est atteint dès qu'il jouit d'une certaine quotité de la succession ; peu importe à quel titre ; qu'il puise son droit dans la loi ou dans un testament les effets sont les mêmes ; il était inutile de lui accorder plus qu'il n'est nécessaire ; c'eût été dépasser le but qu'on avait en vue. Il n'a donc que le droit d'exiger le complément de la quotité que la loi lui attribue ; mais

ce droit il l'a toutes les fois que la libéralité qui lui est laissée est inférieure à l'avantage légal ; nous avons déjà vu que l'on n'a pas adopté la disposition du projet voté en 1877, qui attachait à toute libéralité si minime qu'elle fût une présomption d'exhérédation.

Dans l'ancien droit, certaines coutumes interdisaient le cumul du don et du douaire ; la femme devait opter.

A l'étranger, le *Code civil italien* oblige le conjoint à imputer sur ses droits héréditaires tout ce qu'il a reçu du défunt, en dehors des avantages résultant des conventions matrimoniales et des gains dotaux. D'après le *code autrichien* (art. 1258) ce que les époux se donnent par pacte de succession se confond avec le droit successoral qu'ils tiennent de la loi.

L'imputation ne doit pas être confondue avec le rapport ; l'époux n'est pas tenu de remettre dans la succession et de livrer aux éventualités du partage les biens dont il a été nanti par la volonté du *de cujus* ; il a le droit de les conserver, à charge seulement d'en précompter la valeur sur la part héréditaire qu'il est autorisé à réclamer.

L'imputation a lieu pour toutes les libéralités quelles qu'elles soient ; directes et indirectes ; le projet du Sénat de 1877 le disait formellement ; l'expression libéralités qu'emploie la loi comprend sans aucun doute les divers procédés imaginés par la pratique pour éviter les formes gênantes des donations, donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, donations indirectes et notamment les dons manuels. Ces derniers constituent nécessairement des donations de la pleine propriété. Nous sommes ainsi amenés à examiner une hypothèse

que la loi n'a pas prévue, et qui est cependant de nature à se présenter fréquemment dans la pratique. Comment doit se faire l'imputation, lorsque le conjoint prédécédé a disposé de la pleine propriété? Il a donné ou légué au survivant la maison qu'ils habitent, une somme de 10.000 francs à prendre sur sa succession, les meubles garnissant son habitation au jour de son décès; qu'est-ce que le donataire devra imputer? Faudra-t-il rechercher ce que représente en jouissance la libéralité qu'il a reçue? N'aura-t-il qu'à précompter sur son usufruit les revenus de la valeur dont il est nanti? Cette dernière solution nous semble préférable; c'est la plus simple, la plus équitable, la plus logique; elle a pour elle le texte et l'esprit de la loi. Elle concilie la volonté du disposant et le but poursuivi par le législateur; qu'a voulu le pré-mourant en faisant à son conjoint une libéralité en pleine propriété? Evidemment lui attribuer la nue-propriété qui sans cela appartiendrait aux héritiers; pourquoi ne respecterait-on pas une volonté qui n'a rien de contraire à la loi; il n'a pas entendu restreindre à la libéralité qu'il a faite les droits de son conjoint, alors même que cette libéralité représenterait en jouissance la valeur de l'usufruit légal; le législateur a refusé de tirer du fait que le prédécédé s'était montré généreux envers le survivant, la présomption qu'il avait eu l'intention de réduire au montant de la libéralité des droits de survie; il a seulement décidé qu'il y aurait lieu à imputation. Mais pour qu'il puisse y avoir imputation il faut qu'il y ait deux droits de même nature; on ne peut imputer sur l'usufruit légal que la jouissance, les revenus des

biens donnés ; la nue-propriété reste en dehors de la disposition de l'article 767 8°. Supposons que la masse sur laquelle doit se calculer l'usufruit est de 100.000 francs ; 20.000 francs ont été légués en pleine propriété au survivant, qui a droit à la jouissance de 50.000 ; il imputera sur la jouissance à laquelle il a droit comme héritier celle qui lui appartient comme légataire ; il aura finalement 20.000 francs en pleine propriété et 30.000 en usufruit seulement. On dit que la loi ne veut pas que l'époux en cumulant les deux titres de donataire et d'héritier obtienne plus que la part héréditaire qu'elle lui assigne alors même que le *de cujus* aurait exprimé une volonté contraire en lui faisant une libéralité préciputaire. Mais ce que la loi ne veut pas c'est que le conjoint arrive à avoir par ce moyen la jouissance d'une quotité plus considérable que celle qui lui est attribuée légalement, et non qu'il ait cette quotité en pleine propriété.

Si l'on n'accepte pas cette solution, il faudra donc rechercher quelle est la valeur ou jouissance de la pleine propriété donnée au conjoint. Comment va-t-on faire cette évaluation difficile et nécessairement arbitraire ? Adoptera-t-on les bases adoptées par la loi en matière d'enregistrement, lorsqu'il y a lieu de procéder à une opération inverse et de déterminer pour la perception des droits de mutation ce qu'un usufruit vaut en pleine propriété ? (Loi du 22 frimaire an VII, art. 14, 11°-15, 8°), et dira-t-on, la propriété ayant une valeur double de celle de l'usufruit, une donation de 20.000 francs en propriété équivaut à une donation de 40.000 francs en usufruit. Le conjoint dans notre exemple ne pourrait comme

complément de ses droits réclamer que les jouissances de 10.000 francs. Ce système aurait l'avantage de ne pas faire varier selon les espèces les bases d'évaluation, mais qui ne sait combien il serait injuste ! Quoi ! pour les époux jeunes et âgés la valeur de la propriété en usufruit serait invariablement fixée d'une façon uniforme.

Faudra-t-il alors rechercher ce que la valeur donnée ou léguée pourrait rapporter si on la plaçait à fonds perdu ou en rentes viagères étant donnés l'âge et l'état de santé du donataire et dire que si les revenus qu'elle est susceptible de donner atteignent ceux que lui procurerait sa qualité de successeur en usufruit il n'aurait rien à réclamer ? Ce système ne serait guère plus équitable, Va-t-on mettre l'époux survivant auquel le prédécédé a légué des objets mobiliers, des bijoux de grande valeur peut-être auxquels se rattachent pour lui de doux souvenirs dans l'alternative de les aliéner ou de n'avoir pas de quoi vivre parce que leur valeur représente en jouissance celle de ses droits. Ce serait méconnaître la volonté du testateur qui évidemment a voulu donner la pleine propriété sans que pour cela l'usufruit fut atteint. Que de complications d'autre part engendreraient de semblables opérations ; elles seraient une source intarissable de procès.

Aussi nous croyons que le législateur n'a certainement pas voulu qu'on procède à une évaluation quelconque ; c'est la solution la plus juridique ; elle respecte les intentions bienveillantes du donateur, et ne fait pas, en enlevant toute utilité aux libéralités qui consistent en une

pleine propriété se retourner contre le conjoint une disposition de faveur (1).

Parmi les libéralités qui faites, soit au conjoint, soit à ses cohéritiers doivent être réunies fictivement aux biens existant dans la succession, il faut faire rentrer l'indemnité payée par une compagnie d'assurances sur la vie avec laquelle le *de cujus* aurait contracté dans l'intérêt, soit du conjoint, soit l'un des héritiers. On admet, en effet, que cette indemnité est rapportable (Cass., 8 février 1888, S. 1888 1, 121). Nous reviendrons sur cette question. Si le défunt avait contracté l'assurance sans désigner un bénéficiaire déterminé il n'y a aucune difficulté, l'indemnité appartenant alors à sa succession (Cass., 27 janvier 1879. D. 1879, 1, 230).

En résumé, la masse sur laquelle doit se calculer l'usufruit comprend : les biens qui se trouvent dans la succession du prémourant — ceux dont il a disposé par acte entre vifs ou testamentaire et sans dispense de rapport au profit de successibles — ceux qu'il a donnés ou légués à son conjoint par préciput et hors part — les indemnités dues par une compagnie d'assurances sur la vie.

§ 2. *Sur quels biens peut s'exercer l'usufruit.*

Bien qu'ils rentrent dans la composition de la masse sur laquelle se calcule l'usufruit, les biens donnés ou lé-

1. Conf. Souchon. *Rev. crit.* avril 1891, p. 234. Mesnard, *Lois annotées* 1891, p. 516. *Contra*: *Rep. du Notariat*. Lamache, octobre 1891, p. 816.

gués à des héritiers sans dispense de rapport, et ceux qui font partie de la réserve ne sont pas soumis à la jouissance du conjoint. La loi dit aussi que cette jouissance ne doit pas préjudicier aux droits de retour; nous avons dit que les biens objet du retour légal ou conventionnel sont en dehors de la succession. Reprenons chacune de ces propositions.

A. — *L'usufruit du conjoint ne peut s'exercer sur les biens donnés à des héritiers sans dispense de rapport.* Si les biens restant dans la succession sont insuffisants pour remplir le conjoint de la quotité à laquelle il a droit, il ne peut rien réclamer au donataire qui conserve intacte la libéralité qu'il a reçue. On respecte ainsi la volonté du disposant qui n'a pas voulu que les biens sortis de son patrimoine fussent grevés de l'usufruit de son conjoint, et on évite les graves inconvénients d'un rapport réel.

Le conjoint prédécédé en faisant à un de ses héritiers une libéralité pouvait certainement y mettre comme condition que le donataire sera tenu de laisser l'époux survivant exercer son usufruit sur les biens donnés.

Il pourra arriver par application de ce principe que les droits de l'époux soient illusoires; il en sera ainsi si le prémourant a disposé de tous ses biens en avancement d'hoirie; il pourra alors demander une pension alimentaire.

B. — *Il ne peut porter atteinte aux droits des héritiers réservataires.* — La loi veut que la réserve parvienne intacte aux ayants-droit; cette solution est conforme aux principes en vertu desquels l'héritier réservataire ne doit être soumis à aucune charge qui tendrait à limiter l'étendue de son droit.

La jurisprudence l'admettait déjà lorsqu'il s'agit d'un usufruit conventionnel ou testamentaire (Rouen, 12 février 1887. D. 1889, 2, 181). Il faut supposer que le *de cuius* ayant donné ou légué la plus grande partie du disponible, la portion qui reste dans la succession est insuffisante pour assurer l'exercice intégral de l'usufruit du conjoint; il ne pourra l'exercer sur les biens composant la réserve.

La renonciation d'un réservataire n'augmente pas la quotité disponible, du moins d'après la jurisprudence qui décide que la réserve doit se calculer d'après le nombre des enfants *laissés* par le *de cuius*; une fois fixée, dit la Cour de Cassation, elle est invariable; aucun événement postérieur ne peut en modifier le chiffre (1); la renonciation n'accroît donc pas la masse sur laquelle peut s'exercer l'usufruit du conjoint, à moins que le renonçant soit seul réservataire.

Peu importe la qualité des réservataires avec lesquels le conjoint se trouve en concours; qu'ils viennent seuls à la succession ou avec des héritiers non réservataires; le père et la mère concourant avec des frères et sœurs, les enfants naturels avec des collatéraux ont droit à leur réserve intacte. Seuls, les héritiers non réservataires supporteront alors son usufruit; leur part héréditaire se trouvera seule grevée; il n'y a pas dérogation au principe d'après lequel les charges se partagent entre les cohéritiers au *prorata* de leur émolument; l'usufruit légal ne

1. Cass., 25 juillet 1867. D. 1868, 1, 65, 21 juin 1869, S., 1870, 1, 132. Aubry et Rau, VII, § 681, p. 173.

peut être considéré comme une charge de la succession ; il présente de l'analogie avec un legs particulier ; or, on sait que ces legs sont payés, sur le disponible. L'application de notre règle aura quelquefois des conséquences bien rigoureuses. Si le conjoint prédécédé laisse son père, sa mère, et des frères ou sœurs ou descendants d'eux, l'usufruit du survivant qui est de la moitié de la succession ne s'exercera que sur la part attribuée aux frères et sœurs. Ceux-ci n'auront donc pour le moment qu'une nue propriété ; il y a là un résultat d'autant plus injuste que la loi fiscale les oblige à acquitter immédiatement les droits de mutation sur la pleine propriété, sans déduction de la valeur de l'usufruit ; si l'époux usufruitier est plus jeune ou du même âge qu'eux, ils ne jouiront peut-être jamais de ces biens qui vont être une charge pour eux, ils seront obligés de déboursier une somme assez élevée qu'ils devront emprunter s'ils n'ont pas de fonds disponibles ; la succession dans ces conditions deviendra peut-être onéreuse. Une telle situation appelle tout au moins une réforme de la loi fiscale (1).

Lorsque les héritiers réservataires sont des ascendants, la loi permet au *de cujus* de disposer en faveur de son conjoint de l'usufruit de la réserve ; en l'absence de disposition expresse, ils ont le droit de la revendiquer en pleine propriété contre l'époux usufruitier *ab intestat*.

Les premiers commentateurs de la loi de 1891 se sont demandés si le conjoint, dans le cas où les arrérages de son usufruit excèdent les revenus des biens disponibles restant libres, pourrait invoquer l'article 917 et deman-

1. V. Ménard, *Lois nouvelles*, 1891, p. 502.

der aux héritiers réservataires de lui abandonner le disponible resté dans la succession. Soit une succession de 60,000 francs ; il y a deux enfants ; le *de cujus* a disposé de 15,000 francs ; il ne reste sur le disponible que 5,000 francs ; le conjoint qui a droit à la jouissance de 15,000 francs peut-il exiger que les enfants lui abandonnent ces 5,000 francs.. « Si la disposition est d'un usu-
« fruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la
« quotité disponible, les héritiers réservataires, auront
« l'option ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'a-
« bandon de la propriété de la quotité disponible », dit l'article 917 civ. Ce texte a eu pour but de trancher une question très controversée dans l'ancien droit ; il s'applique à tous les droits viagers. Mais il suppose que le droit viager conféré par le *de cujus* résulte d'une donation entre vifs ou d'un testament ; cette solution ressort nettement de ses termes ; or, le droit que le conjoint invoque a son fondement dans la loi ; on ne peut donc lui déclarer applicable l'article 917, qui ne vise même pas toutes les donations ; la jurisprudence le déclare inapplicable aux libéralités entre époux pour lesquelles l'article 1094 établit un disponible spécial en usufruit (Cass. 9 février 1880). A cet argument de texte péremptoire viennent s'ajouter des considérations tirées de l'esprit de la loi ; le législateur de 1891 n'a pas voulu donner un droit de propriété au conjoint tant qu'il y a des parents pour recueillir la succession, autoriser la conversion d'un droit de jouissance en un droit de pleine propriété serait manifestement contraire à cette intention (1).

1. *Rev. du Notariat*, 1891, p. 789.

Le conjoint n'aura droit qu'à l'usufruit de ce qui reste libre sur le disponible ; la nue propriété appartient aux réservataires ; on a cependant soutenu qu'il faudrait rechercher quelle est eu égard aux circonstances et d'après l'âge de l'époux la valeur en capital de son usufruit ; si cette valeur n'excède pas le disponible restant libre il pourra le prendre, pour se remplir de son usufruit ; son droit de jouissance ne subira alors aucune réduction. Ce système, dit-on, n'a pas pour conséquences de transformer le droit viager de l'époux en un droit perpétuel ; car si la propriété profite au conjoint ce n'est que convertie en usufruit ; cette distinction est vraiment bien subtile ; sur quoi d'ailleurs s'appuie-t-on pour enlever cette nue propriété aux réservataires, puisqu'on convient que l'article 917 ne peut être invoqué ; on revient indirectement à ce texte après l'avoir écarté.

C. — *L'usufruit ne peut préjudicier aux droits de retour.* — Dans trois cas, certains parents ont le droit de reprendre sous certaines conditions des biens par eux donnés ; ce sont les trois cas de succession anormale, prévus par les articles 351, 747 et 766 Civ. Nous avons dit que les biens qui composent la succession anormale ne doivent pas être compris dans la masse sur laquelle se calcule les droits du conjoint. C'est une conséquence du principe que lorsqu'il y a lieu à la succession anormale, il y a deux successions aussi indépendantes l'une de l'autre que le seraient les successions des deux personnes différentes ; il en résulte qu'il n'y a pas lieu au droit d'accroissement *au rapport*, les successeurs anormaux n'étant pas cohériers à la succession ordinaire. On ne tient pas compte de

la valeur des biens qu'ils recueillent à ce titre pour le calcul de la réserve (1). Pourquoi en tiendrait-on compte pour le calcul de l'usufruit? Il était inutile que le législateur s'expliquât sur ce point; on a dit dans les travaux préparatoires pour justifier une disposition qu'on semblait considérer comme exceptionnelle, qu'il serait à craindre que les ascendants ne fussent moins portés à faire des libéralités à leurs descendants, s'ils avaient à redouter une privation de la jouissance des biens par eux donnés, dans le cas où ces descendants décéderaient sans postérité. La véritable raison de cette exemption c'est qu'au décès du donataire ces biens cessent de faire partie de son patrimoine, ne sont pas compris dans sa succession.

Si l'ascendant donateur en concours avec le conjoint vient en même temps à la succession anormale et à la succession ordinaire, on ne tient compte pour la détermination des droits du conjoint que des biens compris dans la succession ordinaire; sur ces biens la jouissance légale ne pourra s'exercer que jusqu'à concurrence du disponible.

Les biens compris dans la succession anormale échappent définitivement à la jouissance de l'époux dès que cette succession s'est ouverte, alors même que le donateur viendrait à mourir avant de l'avoir acceptée.

Si l'ascendant donateur appelé en même temps à la succession anormale et à la succession ordinaire renonce à la première, il recueille les biens qu'elle comprend comme héritier ordinaire; il peut avoir intérêt à prendre

1. Demol. XIX, 207. Laurent, XII, 47. Cass., 28 mars 1866, D. 1866, 1, 397. Douai, 6 mai 1879. S. 1880, 2, 1.

ce parti pour augmenter sa réserve ; mais alors les biens composant la quotité disponible seront grevés de l'usufruit du conjoint du donateur. Il choisira au mieux de ses intérêts.

Le conjoint prédécédé qui ne pourrait soumettre à l'usufruit du survivant les biens composant la réserve, pourrait léguer à son époux la jouissance de ceux qui sont affectés d'un droit de retour légal ; la succession anormale en effet ne s'ouvre en faveur du donateur qu'autant que les biens donnés se retrouvent en nature dans le patrimoine du donataire ; cette condition fait défaut lorsqu'il a disposé de l'usufruit (1). L'enfant doté qui n'aura pour toute fortune que la dot qui lui a été constituée par ses ascendants et qui voudra que son époux survivant ait la jouissance d'une partie de ses biens devra la lui donner.

Il est une hypothèse pour laquelle le projet du Sénat de 1877 contenait une disposition qui pourrait soulever quelques difficultés. On sait que lorsque le *de cujus* laisse pour héritiers son père ou sa mère dans une ligne des collatéraux dans l'autre, le partage s'opère par moitié ; mais pensant avec raison que le père ou la mère devait être favorisé le législateur attribue la jouissance du tiers de la part des collatéraux (art. 754 C. civ.)

Le projet voté au Sénat en 1877, afin de ne pas grever outre mesure la part de succession revenant aux collatéraux non privilégiés, avait décidé que l'usufruit de l'époux survivant primerait celui du père ou de la mère, lequel ne pourrait s'exercer qu'après l'extinction du premier.

1. Paris, 22 juillet 1887, D. 1889, 2, 91.

D'après ce projet, la situation aurait donc été ainsi réglée : l'époux survivant aurait eu la moitié en usufruit ; il aurait exercé cet usufruit par portions égales sur la part de l'ascendant privilégié et des collatéraux, qui les uns et les autres auraient eu un quart en pleine propriété et un quart en nue propriété ; à la mort du conjoint le père ou la mère aurait commencé à jouir du sixième que lui accorde l'article 754.

Mais la Chambre des Députés fit disparaître cette disposition, estimant que le conjoint qui est le plus jeune empêcherait presque toujours l'ascendant de jouir de son privilège. Il paraît légitime de mettre simultanément à la charge des collatéraux l'usufruit de l'époux et celui du père ou de la mère, disait M. Piou (1). Appelés à choisir entre l'époux, l'ascendant et les collatéraux non privilégiés, nous avons pensé que ces derniers étant les plus éloignés dans l'ordre de la parenté et probablement aussi de l'affection étaient aussi les moins dignes de faveur.

Dans le système que nous proposons l'usufruit de l'époux et celui des ascendants s'exerceraient en concours sur la moitié attribuée aux collatéraux. M. Delsol, au Sénat, montre quels seront les résultats de ce système ; le conjoint jouira de la moitié, le père ou la mère d'un tiers de la part des collatéraux qui n'auront que un sixième en propriété pour cinq sixièmes ils seront nu-propriétaires. En divisant la succession en douzièmes, on voit que le conjoint aura $6/12$ en usufruit, pris par portions égales à l'ascendant et aux collatéraux : l'ascendant

1. R. et P. 20 mars 1886 : n. 565, Off. 1885 *Soc. Parl.*, p. 1292.

$\frac{5}{12}$ en pleine propriété et $\frac{1}{2}$ en nue propriété, les collatéraux $\frac{1}{12}$ en pleine propriété et $\frac{5}{12}$ en nue propriété. Mais si dans les travaux préparatoires on a dit comment se ferait la répartition de l'usufruit du conjoint, le texte est muet sur cette question ; seuls les rapporteurs ont exprimé l'avis que les collatéraux supporteraient outre l'usufruit de l'ascendant la moitié de celui du conjoint. Du silence de la loi il faut conclure qu'il n'y a pas lieu comme le décidait le projet voté en 1877 de suspendre la jouissance de l'ascendant privilégié jusqu'au moment où celle du conjoint prendra fin ; mais il serait contraire aux principes régissant la contribution des héritiers dans les charges de décider qu'elle sera supportée par l'ascendant et les collatéraux selon les bases indiquées dans les travaux préparatoires. Cette hypothèse n'est pas prévue par la loi ; les opinions émises au cours de la discussion sont personnelles aux rapporteurs, et ne peuvent mettre obstacle à l'application pure et simple des principes ; elles ne lient ni le juge ni l'interprète. Or les charges sont supportées par les cohéritiers proportionnellement à leur émolument ; l'ascendant ayant dans la succession une part plus forte que les collatéraux, doit supporter pour une part plus forte l'usufruit du conjoint ; si le conjoint prédécédé avait donné ou légué au survivant la jouissance d'une fraction de sa fortune, cette jouissance serait supportée par l'ascendant et les collatéraux proportionnellement à leur part héréditaire en usufruit ; pourquoi en serait-il autrement lorsque c'est la loi qui la donne ? La répartition se ferait donc ainsi : l'ascendant qui a de l'usufruit les deux tiers de la succes-

sion supportera les deux tiers de la jouissance du conjoint les collatéraux qui n'ont l'usufruit que de un tiers supporteront un tiers de celui de l'époux, celui-ci aura $\frac{6}{12}$ en usufruit, supportés pour $\frac{4}{12}$ par l'ascendant pour $\frac{2}{12}$ par les collatéraux qui auront $\frac{2}{12}$ en pleine propriété et $\frac{4}{12}$ en nue propriété; tandis que l'ascendant prendra $\frac{4}{12}$ en pleine propriété et $\frac{2}{12}$ en nue propriété. On a dit aussi pour justifier cette solution que mettre par parties égales l'usufruit du conjoint à la charge de l'ascendant et des collatéraux serait reconnaître au droit que confère l'article 754 les caractères d'une véritable réserve (1); cet argument est, croyons-nous inutile; il prête à la critique; on pourrait nous reprocher en effet de raisonner comme si l'usufruit de l'article 767 était privilégié par rapport à celui de l'article 754; or, les articles 754 et 767 dit-on, ont une force égale; Doit-on en conclure que les deux usufruits s'exerceront cumulativement et dans leur intégrité. C'est peut-être conforme à l'intention présumée du *de cujus*, mais c'est contraire aux principes; l'usufruit du conjoint doit être supporté par chaque cohéritier au *prorata* de son émolument.

Il va sans dire que lorsque l'usufruit du conjoint prend fin, chacun des cohéritiers reprend tous ses droits tels qu'ils auraient été à défaut de conjoint.

N'y aura-t-il pas certaines hypothèses dans lesquelles l'usufruit du conjoint ne pourra s'exercer que sur la part des collatéraux? Supposons que le *de cujus* dont la fortune

1. Defrenois, *Rep. général du notariat*, 30 juillet 1891 p. 51-54.

s'élève à 100,000 francs a disposé en faveur d'étrangers de 50,000 francs ; il laisse son père, un oncle maternel et son conjoint, le père réservataire pour $\frac{1}{4}$ prend 25,000 francs sur les 50,000 qui restent dans la succession ; l'usufruit du conjoint qui porte sur 25,000 francs ne peut s'exercer que sur la part afférente à la ligne maternelle ; les parents de cette ligne peuvent donc n'avoir qu'une nue propriété. Mais sur la part de l'oncle maternel le père a lui aussi un droit de jouissance ; les deux usufruits ne peuvent s'exercer cumulativement, leur fera-t-on subir une réduction proportionnelle ou préférera-t-on l'un à l'autre ? Nous avons déjà dit que ces deux usufruits étaient mis par la loi sur la même ligne aucun n'est privilégié : il n'y a aucune raison de laisser l'un s'exercer de préférence à l'autre, il y aura donc concours entre l'époux et le père.

SECTION IV

Droits et obligations du conjoint successeur en usufruit.

Successeur irrégulier il est assimilé aux autres successeurs irréguliers : usufruitier il a les mêmes droits et est soumis aux mêmes obligations que tout usufruitier.

1° Quoique simple usufruitier, le conjoint peut provoquer le partage ; sans doute l'usufruit en principe n'établit aucune indivision entre les héritiers nu-propriétaires et le légataire usufruitier ; car leurs droits ne sont pas de même nature, ils ne peuvent donc exercer l'un contre l'autre l'action en licitation de l'immeuble objet de leurs

droits : l'usufruitier ne pouvant être considéré comme successeur reste étranger au partage (Cass. 11 janvier 1888, D. 1889, 1. 53) ; ainsi le conjoint usufruitier de tous les biens de la succession ne peut s'opposer à la licitation pour la pleine propriété d'un immeuble appartenant au prédécédé et reconnu impartageable (1).

Mais lorsqu'il y a un usufruitier d'une quote-part de la succession en concours avec des héritiers, il y a indivision quant à la jouissance ; il est évident que le successeur en usufruit a alors le droit de provoquer le partage (2). C'est le cas pour le conjoint qui ayant l'usufruit d'une quote-part de la succession est dans l'indivision avec les héritiers. Mais l'indivision étant restreinte à la jouissance, le partage ne produira d'effet déclaratif qu'autant qu'il sera restreint à la jouissance. Les arrangements particuliers entre les héritiers et le conjoint qui seraient étrangers au partage de la jouissance ne peuvent être considérés comme un partage.

2° Le conjoint successeur en usufruit peut exercer le retrait successoral : il ne peut être exercé contre lui par les héritiers. Le retrait ne peut être exercé que par celui qui a un droit propre et personnel pour figurer au partage ; si on reconnaît le droit de l'exercer à tous ceux qui ont l'action en partage il faut l'accorder au successeur d'une quote-part en usufruit, qui se trouvant quant à l'usufruit dans l'indivision avec les héritiers peut provoquer le partage. Le conjoint depuis la loi de 1891 ayant toujours ce droit peut exercer le retrait, il le pourrait alors

1. Angers, 23 février 1876. D. 1877, 2, 58.

2. D. 1878. 1. 145, note de M. Beudant.

même qu'on refuserait ce droit au légataire de l'usufruit, car son titre est dans la loi : successeur irrégulier, il jouit des mêmes avantages que les successeurs irréguliers qui concourent avec des héritiers légitimes.

Les héritiers ne pourraient pas invoquer l'article 841 contre le conjoint usufruitier qui se serait rendu cessionnaire des droits héréditaires de l'un d'eux. La jurisprudence décide cependant que l'époux survivant donataire universel en usufruit est passible du retrait quand il achète les droits de l'un des nu-propriétaires (1); la logique pure, dit-on, conduit à cette solution : l'époux donataire universel en usufruit a certainement le droit de figurer au partage de la communauté, mais non au partage de la succession du prédécédé; les héritiers de celui-ci peuvent exiger un partage préalable de la communauté, sauf à partager ensuite entre eux comme bon leur semblera la succession de leur auteur; ils ont le droit d'écarter de ce dernier partage quiconque n'y viendrait qu'en vertu d'un achat de droits successifs. Or, la qualité de donataire universel en usufruit n'établissant pas d'indivision entre le donataire et les ayants-droit à la nue-propriété indivise, le donataire n'a pas en cette qualité de part à prendre dans la division de la nue-propriété. Mais lorsque le conjoint est usufruitier légal il est toujours dans l'indivision avec les héritiers : il a toujours le droit de prendre part au partage; dès lors le retrait n'est pas possible contre lui.

3° Comme tout usufruitier le conjoint peut exercer son

1. Rennes, 15 janvier 1880. J. Pal. 1880, p. 964.

droit par lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers ; il peut le céder à titre onéreux ou à titre gratuit, l'hypothéquer s'il est immobilier ; ses créanciers peuvent le saisir. Sur ces différents points, la négative est généralement admise en ce qui concerne la jouissance légale des père et mère sur les biens de leurs enfants mineurs de 18 ans non émancipés, qui d'après un grand nombre d'auteurs ne constitue pas un démembrement de la propriété (1). Cette jouissance intimement unie à l'administration des biens que la loi confie au père comme un attribut de la puissance paternelle, doit être dans les mêmes mains que l'administration ; le père *doit* jouir par lui-même ; il est impossible de concilier ses obligations avec les droits d'un cessionnaire. Tous les auteurs cependant ne considèrent pas la jouissance légale des parents comme incessible et insaisissable (Laurent XX, § 209 et s). Quoi qu'il en soit les motifs invoqués par les partisans de l'affirmative, qu'on invoque également pour étendre la même solution à l'usufruit qui sous divers régimes matrimoniaux appartient au mari sur les biens de la femme n'existent plus lorsqu'il s'agit de l'usufruit de l'époux survivant. Il a pour but de lui assurer des moyens de subsistance en rapport avec la condition sociale du *de cuius*, de lui conserver une aisance relative ; il n'a été créé qu'en faveur du conjoint, qui seul en profite, n'est grevé d'aucune charge corrélatrice ; il doit lui être permis d'en jouir comme il l'entend, à condition de ne porter aucune atteinte aux droits du nu-propriétaire ; s'il trouve qu'il lui est plus avantageux de le céder pourquoi ne le pourrait-il pas ? On

1. Aubry et Rau, VI, § 550 *bis*.

admet que le conjoint survivant investi de l'usufruit des droits d'auteur est libre d'en disposer, soit à titre onéreux soit même à titre gratuit, et que cet usufruit est saisissable; aucune disposition portant qu'il en sera autrement n'existant dans la loi (Pouillet, n. 215). La loi de 1891 comme celle de 1866 ne contient aucune disposition contraire; pourquoi donnerait-on une solution différente?

4^e Soit au commencement, soit au cours, soit à la fin de son usufruit le conjoint est tenu des mêmes obligations que tout usufruitier. Il doit d'après l'article 600 C. civ. faire dresser à son entrée en jouissance un inventaire des meubles et un état des immeubles.

Dans le silence de la loi il faut décider qu'il est également tenu de l'obligation de fournir caution. Dans la pratique, lorsque le contrat de mariage attribue à l'époux survivant l'usufruit d'une quote-part des biens du prédécédé il le dispense de cette obligation ou de toute autre équivalente (faire emploi du mobilier, convertir en titres nominatifs immatriculés au nom des héritiers pour la nue-propriété, du conjoint pour l'usufruit, des valeurs mobilières au porteur se trouvant dans la succession), la jurisprudence admet que la dispense de fournir caution a pour objet et doit avoir pour conséquences d'assurer à l'usufruitier la libre jouissance des valeurs comprises dans son usufruit, sans que cette jouissance puisse dès l'origine être modifiée ou transformée par des mesures conservatoires quelles qu'elles soient, prises dans l'intérêt des nu propriétaires (1). Cette dispense ne peut cesser que si au cours de

1. Besançon 6 février 1889. D. 1890. 3, 282. Cass. 7 décembre 1891, D. 1892, 168.

l'usufruit l'usufruitier met par son fait les intérêts du nu propriétaire en péril ; la loi n'a pas reproduit cette clause devenue de style ; la dispense de caution est cependant accordée aux père et mère pour la jouissance des biens de leurs enfants.

Il est peu logique que le conjoint soit exempté de l'obligation de donner caution pour la jouissance qu'il tient de l'article 384, et qu'il y soit soumis pour la jouissance que lui accorde l'article 767. Mais l'interprète n'est pas autorisé à introduire dans l'article 601 une exception qui n'y a pas été inscrite.

Les adversaires du projet de 1872 estimaient que l'application du droit commun en cette matière serait pleine d'inconvénients ; le cautionnement ce contrat dangereux qui déplace les responsabilités, disait M. Thézard (1), devient une nécessité de tous les jours. Nous nous associons à ces critiques. Dans l'ancien droit, la douairière était affranchie de cette obligation (Paris 264). On se contentait pour toute garantie de son serment, à cause dit Coquille de l'honneur que l'enfant doit à sa mère (2) ; on donnait la même solution pour le don mutuel en usufruit (3) ; cette faveur n'était cependant pas accordée par toutes les coutumes ; en Bourgogne, au ^{xvii}^e siècle la pratique obligeait la douairière à bailler caution. Bien entendu l'époux prémourant peut dispenser par son testament le survivant de cette obligation.

1. *Revue critique*, T. XLIV, p. 407.

2. Coutume de Nivernais, ch. XXIV, art. II.

3. Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 280.

5° Le conjoint usufruitier doit contribuer au paiement des dettes d'après les règles posées par les articles 610 et 612 C. civ. Quand il s'agit d'un usufruit déferé par succession, c'est la loi elle-même qui indique la proportion dans laquelle l'usufruitier devra contribuer au paiement des dettes en suivant les indications de l'article 612.

C'est d'après la quotité que recueille réellement le conjoint que se détermine sa part contributoire dans le passif. C'est le droit commun qui est applicable ; il n'y a pas de raisons pour distinguer entre le conjoint donataire d'une quote-part en usufruit et le conjoint auquel cette quote-part est attribuée à titre de droit héréditaire *ab intestat*. Dans la séance de la Chambre des Députés du 26 février 1891, M. Taudière avait proposé un amendement réglant différemment la contribution du conjoint dans le passif ; il écartait l'article 612, et demandait que la part contributoire fut proportionnelle à la *valeur* de l'usufruit. Qui ne voit de suite les difficultés que soulèverait une telle évaluation ? on sait combien sont incertains les éléments d'appréciation dont il faut tenir compte pour déterminer la valeur d'un droit viager ; l'âge, la santé de l'usufruitier sont des bases bien aléatoires ; se livrera-t-on à chaque décès à ces opérations ? Pour remédier dans une certaine mesure aux inconvénients d'évaluations se renouvelant tous les jours, M. Taudière réclamait l'addition d'un tableau dans lequel la valeur de l'usufruit serait fixée une fois pour toutes, d'après l'âge du survivant. M. Piou montra combien une pareille évaluation serait déplacée dans la loi ; pour lui l'application pure et simple de l'article 612 ne doit soulever aucun doute ; il était donc

inutile de rappeler un principe général que les commentateurs sont d'accord pour étendre à tous les cas où la jouissance porte sur une universalité ou sur une quote-part d'une universalité.

Le conjoint usufruitier doit contribuer non seulement au paiement des dettes, mais aussi à l'extinction de toutes les charges de la succession (frais funéraires, de scellés, d'inventaire); il supporte proportionnellement à la quotité de sa jouissance les arrérages des rentes viagères (Civ., 610).

Ce n'est que dans les intérêts du passif que le conjoint doit supporter une part; il aura pour s'acquitter le choix entre les divers procédés indiqués par la loi; il peut avancer le capital pour les intérêts duquel il doit contribuer, qui lui sera restitué sans intérêts lorsque cessera son droit; laisser faire l'avance aux héritiers, auxquels il devra tant que durera sa jouissance tenir compte des intérêts de la somme par eux déboursée; laisser les créanciers se payer en procédant à la vente des biens soumis à l'usufruit.

Successeur irrégulier, le conjoint n'est tenu de la part des dettes mise à sa charge qu'*intra vires emolumentii*. Les créanciers ont-ils pour se faire payer une action directe contre lui. On admet généralement qu'ils ne peuvent poursuivre le légataire ou le donataire de l'usufruit d'une universalité; le legs d'usufruit est en effet considéré comme un legs à titre particulier (1); il ne faut voir dans l'obligation qui est imposée au légataire de l'usufruit de contribuer au paiement des dettes qu'une charge de sa

1. Cass., 8 juillet 1874. D. 1874, 1, 457. Contra Cass., 8 décembre 1862. D. 1863, 1, 273.

jouissance ; cette solution ressort de la place qu'occupent les articles 610 et 612, dans une section intitulée : *Des obligations de l'usufruitier*. Mais il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit du conjoint usufruitier légal ; il est alors successeur à titre universel ; ce n'est pas contraire à la théorie du code ; il résulte en effet des observations faites au tribunal que la loi considère l'usufruit comme étant à titre universel lorsqu'il porte sur une quotité de biens (Locré, IV, p. 124). On ne peut ici, pour écarter les arguments que les articles 610 du Code civil et 942 du Code de procédure fournissent à l'appui de cette solution argumenter de l'article 1010, inapplicable à un droit de succession.

Le conjoint successeur en usufruit étant successeur à titre universel les créanciers pourront s'adresser directement à lui, et lui réclamer le paiement des intérêts qui leur sont dus ; on évite ainsi le recours que les héritiers qui paieraient ces intérêts auraient nécessairement contre le conjoint.

Nous croyons que l'époux qui consentirait à la limitation de son usufruit sur certains objets déterminés ne cesserait pas d'être tenu des intérêts des dettes à l'égard des créanciers. La Cour de cassation a décidé qu'une telle convention, intervenue entre le conjoint usufruitier en vertu de son contrat de mariage et les héritiers du prédécédé, ne peut être opposée aux créanciers qui n'y ont pas été parties (1) ; il doit par analogie de motifs en être de même pour l'usufruit légal.

1. Cass., 12 juillet 1865. D. 1865, 1, 426.

5° Comme tout successeur le conjoint est tenu d'acquitter les droits de mutation par décès. Quant à l'assiette du droit c'est aux règles admises en matière fiscale pour la transmission de l'usufruit à titre gratuit qu'il y a lieu de se reporter ; l'usufruit est évalué à la moitié de la pleine propriété (Loi du 22 frimaire an VII, art. 14, § 11 ; art. 13, 8°. Loi du 21 juin 1875, art. 2). Sur ce point pas de difficultés ; un doute aurait pu naître relativement à la quotité du droit qui est dû ; les travaux préparatoires l'ont prévenu : une solution de l'administration de l'enregistrement est venue les confirmer. Lorsque le conjoint est appelé à défaut de parents au degré successible le droit de mutation dû sur la succession *ab intestat* est de 9 0/0 décimes non compris (Loi du 28 avril 1816, art. 53 : 10 0/0 d'après un projet de loi du 27 mars 1888). Mais toutes les fois que ce n'est pas à défaut d'héritiers du sang que l'époux vient à la succession de son conjoint, sur les libéralités entre vifs ou testamentaires qu'il en a reçues le droit est réduit à 3 0/0 (1). Lequel de ces deux droits doit être perçu lorsque le conjoint succède en usufruit ? Au cours de la 2^e délibération à la Chambre des députés, M. Taudière, désirant qu'il fût bien entendu que le droit à percevoir serait celui de 3 0/0 avait déposé un amendement qui tranchait la question en ce sens. Le rapporteur M. Piou en demanda le rejet, le considérant comme inutile ; la solution réclamée par M. Taudière résultant implicitement des conditions dans lesquelles l'époux recueille son usufruit. L'article 767 lorsqu'il l'ap-

1. Loi du 28 avril 1816, art. 53. Loi du 18 mai 1850, art. 10.

pelle à la succession en pleine propriété le considère comme un étranger : conçue dans le même esprit la loi fiscale le traite de même ; mais dans le cas où la volonté du *de cujus* l'appelle à concourir avec des parents, il est traité beaucoup plus favorablement ; ce traitement plus favorable, lorsqu'il est héritier testamentaire, doit être le sien dans tous les cas où il concourt avec des héritiers légitimes ; concevrait-on qu'on l'assimile à un étranger alors qu'il recueille son usufruit, même sur la part des enfants. Appelé à un rang exceptionnellement favorable, il ne peut être soumis à des droits dont les étrangers seuls sont passibles. Cette solution est conforme à l'esprit de la loi de 1816, qui ne veut réclamer au conjoint que 3 0 0, toutes les fois que ce n'est pas à défaut d'héritiers du sang qu'il se présente.

L'administration de l'enregistrement l'a acceptée sans difficulté dans sa circulaire du 6 juin 1891, n. 2803. Quand l'époux survivant recueillera un usufruit en vertu de la nouvelle loi, le droit de mutation par décès sera liquidé comme en cas de legs d'usufruit et perçu au taux de 3 pour 100.

Les héritiers nu-propriétaires restent tenus de payer immédiatement les droits de mutation sur la pleine propriété : il y a donc pour eux une augmentation sensible des charges. La situation des frères et sœurs, neveux et nièces en concours avec le père et la mère du *de cujus* est particulièrement rigoureuse ; elle rend utile une révision de la loi fiscale sur ce point.

Dans la plupart des législations européennes, le conjoint survivant qui a des droits héréditaires sur les biens

du prédécédé est affranchi de tout droit de mutation. Il en est ainsi en Prusse (L. du 30 mai 1873), en Saxe (L. du 13 novembre 1876), en Wurtemberg (L. du 23 août 1879), à Hambourg (L. du 1^{er} mars 1882), en Espagne et en Portugal. Les pays qui le soumettent à un droit de mutation adoptent en général un taux moins élevé que pour les autres successibles (*Bull. Soc. leg.*, 1889, 486).

SECTION IV

De l'extinction de l'usufruit établi par l'article 767.

Nous supposons que l'usufruit a pris naissance et qu'il a duré un certain temps au profit du conjoint. Les causes d'extinction ne doivent pas être confondues avec les causes de déchéance qui empêchent le droit de naître, et que nous connaissons déjà.

L'usufruit du conjoint s'éteint dans les cas indiqués par les articles 617 et 618. Mais aux causes d'extinction énumérées par ces textes, il faut en ajouter une qui est spéciale au conjoint : son admission a été vivement critiquée. C'est le convol de l'époux usufruitier, lorsqu'il y a des enfants du prédécédé. Nous avons vu que le droit romain dans son dernier état voyait avec défaveur les secondes noccs ; les lois germaniques en général en faisaient une cause de déchéance des gains de survie qu'elles organisaient ; elles étaient d'après Tacite (*de mor. Germ.* XIX) contraire aux plus anciennes traditions. Les diplômes que nous possédons font de la viduité une condition expresse de la conservation des droits de la veuve.

Dans notre ancien droit, l'époux remarié conservait la succession du prédécédé; il en était ainsi pour la veuve alors même qu'elle se remariait dans l'an de deuil (1). Le conjoint qui convolait ne perdait pas non plus le bénéfice que lui procurait le don mutuel; la veuve conservait son douaire, à moins qu'elle n'épousât une personne indigne de sa condition (2), ce n'était pas en réalité le convol qui produisait cette déchéance. Mais elle perdait son droit d'habitation; car, dit Pothier, elle acquiert le domicile de son nouveau mari. Dans les pays de droit écrit le conjoint qui convolait conservait la quarte : mais il perdait les dons de survie; la veuve qui ayant des enfants contractait une nouvelle union était déchue de l'augment (3).

Le Code civil n'attache aucune déchéance au convol : le conjoint qui se remarie conserve tous les avantages qu'il a reçus de son premier époux; on apporte seulement une restriction à la liberté de disposer en faveur du nouveau conjoint dans l'intérêt des enfants du premier lit. De même, les lois qui accordent des pensions aux veuves de fonctionnaires ne prononcent pas la déchéance de leurs droits contre celles qui convolent. Mais l'époux prémourant peut mettre comme condition aux libéralités qu'il fait à son conjoint, que le donataire ne pourra les conserver s'il se remarie; la loi du 17 nivôse an II déclarait illicite cette condition comme entravant la liberté de celui auquel elle serait imposée. Sous le code, même les auteurs qui

1. Lebrun, *Successions*, I, ch. 7; n. 24.

2. Coutume de Bretagne; art. 354; Ordonnance de Blois de 1579, art. 182.

3. Roussilhe, *loc. cit.*, p. 414.

déclarent cette condition nulle lorsqu'elle est apposée par un tiers, admettent qu'elle est valable lorsque c'est un conjoint qui la met à la libéralité qu'il fait à son conjoint ; l'époux qui se montre libéral a le droit d'exiger de celui qu'il gratifie la fidélité à sa mémoire. On a sous-entendu pour les droits qui résultent de la loi cette cause de déchéance, fondée sur l'intention présumée du *de cuius* ; à l'appui de cette solution on a fait valoir d'excellentes raisons : il est à remarquer que le code lui-même prive de la jouissance des biens de ses enfants la mère qui se remarie (art. 386), et du droit de réclamer des aliments à ses gendre et belle-fille, la belle-mère qui convole (art. 206) : la loi du 14 juillet 1866 enlève la jouissance des droits d'auteur au conjoint de l'écrivain ou de l'artiste qui contracte une nouvelle union, qu'il y ait ou non des enfants du prédécédé.

Par son nouveau mariage, le survivant qui se remarie entre dans une nouvelle famille : si l'on peut supposer que l'époux prédécédé a préféré son conjoint à ses héritiers, il est naturel de présumer qu'il préfère ceux-ci à une famille étrangère. Après le convol, il n'y a plus de conjoint survivant : les droits attachés à ce titre doivent tomber avec lui : « le convol, a-t-on dit justement, est un divorce moral. »

Qu'objectait-on contre cette solution ? Elle entrave, disaient ses adversaires, l'exercice d'un droit reconnu par la loi ; un deuxième mariage peut dans certains cas être nécessaire, dans l'intérêt même des enfants du premier lit ; enlever au conjoint qui se remarie sa jouissance, n'est-ce pas le pousser à des relations irrégulières. On ne

conçoit pas qu'une union très justifiée entraîne la même déchéance que la faute grave qui a motivé une séparation de corps.

A ces objections on répondit avec raison, qu'il ne s'agit pas de proscrire les secondes nocés, ni même de les décourager; rien n'empêche le survivant de contracter valablement un nouveau mariage; on a seulement voulu en régler les conséquences vis-à-vis de la famille ancienne et de la famille nouvelle.

La révocation des droits de survie est fondée sur l'intention présumée de l'époux défunt, et aussi sur l'intérêt des enfants du premier lit. Il en résulte que lorsque le *de cujus* en a manifesté l'intention, elle ne se produira pas, il peut dispenser son conjoint de la déchéance : cette dispense peut être expresse ; résultera tacitement de certaines dispositions : les tribunaux auront à cet égard un large pouvoir d'appréciation; on pourrait par exemple conclure du fait que le défunt a exprimé le désir que son conjoint se remarie avec telle personne qu'il a voulu lui laisser la jouissance légale, si ce mariage a lieu. Lorsque c'est dans le contrat de mariage que le survivant donataire en usufruit puise son droit, il a été jugé que si la donation lui a été faite sous la condition de non convol, il ne peut en être affranchi par le testament de son conjoint (1).

La déchéance n'est encourue qu'autant qu'il y a des descendants du défunt vivants au jour de la célébration du nouveau mariage (767, 10°); bien que le texte voté

1. Rouen, 15 décembre 1891, *Gaz. des Tr.*, 30 janvier 1892.

en 1891 ait remplacé par le mot enfants l'expression des descendants qui se trouvait dans le projet de 1877, il ne faut pas hésiter à assimiler aux enfants du premier degré les descendants quels qu'ils soient, qui doivent être protégés à l'égal des enfants. Le conjoint ne perd pas sa jouissance s'il n'y a pas de descendants lorsqu'il se remarie, alors même qu'il en aurait existé au jour du décès du prémourant ; mais peu importe que les enfants laissés par le *de cujus*, soient communs, ou qu'il les ait eus d'une précédente union ; nous croyons qu'ils doivent être héritiers de leur auteur, sinon ce n'est pas à eux, mais aux parents qui ont recueilli la succession que profiterait la déchéance.

La déchéance une fois encourue est définitive ; de même qu'il faut un texte pour éteindre un droit légal, de même il en faut un pour faire revivre un droit que la loi déclare éteint ; or, il n'y en a pas. A la dissolution du nouveau mariage le conjoint ne reprendra donc jamais la jouissance qu'il a perdu. Mais si le deuxième mariage était annulé, comme il serait réputé n'avoir jamais existé, on ne pourrait pas dire que la condition résolutoire qui devait entraîner l'extinction du droit du conjoint s'est accomplie ; une deuxième union ne peut réellement produire d'effets que lorsqu'elle est valable. Il a été jugé que la déchéance des libéralités faites à un époux sous la condition qu'il ne se remarierait pas n'a pas lieu si le deuxième mariage est annulé pour inaccomplissement des formalités légales (1).

1. Montpellier, 15 janvier 1839. S. 1839, 2, 246.

Ce n'est qu'au fait de contracter une union légitime que la loi attache la déchéance ; l'époux veuf qui vivrait en concubinage conserverait son usufruit. Dans notre ancien droit, Furgole (*Test.* V. 5, n. 58) donnait une solution contraire, n'admettant pas que le libertin fut plus favorablement traité que celui qui légitime sa situation ; mais cette solution est incompatible avec l'esprit de notre législation, qui veut éviter les recherches scandaleuses sur la conduite privée ; le legs d'usufruit fait à une femme par son mari sous la condition qu'elle ne se remarierait pas n'est pas caduc par cela seul qu'elle a un enfant naturel (Douai, 11 janvier 1858).

Quant aux effets de l'extinction résultant du convol, c'est le droit commun qui est applicable.

Les législations étrangères donnent sur les effets du convol des solutions diverses. Il n'entraîne aucune déchéance en *Saxe* (loi du 6 avril 1833), à *Berne* l'époux qui se remarie doit rendre aux enfants la moitié des biens qu'il a recueillis dans la succession du prédécédé (code de 1824, art. 160) : dans le canton du *Valais* et à *Zurich* (code de 1887, art. 901) son usufruit est dans le même cas réduit de moitié ; à *Neuschâtel*, au contraire ses droits, de survie subsistent sur les biens du prédécédé. L'ancien *code sarde* de 1837 (art. 939) déclarait l'époux remarié déchu de ses droits de survie. Le *code italien* de 1868, moins rigoureux, n'enlève les droits de survie légaux ou contentionnels qu'à la veuve qui se remarie dans les dix mois de viduité (art. 57 et 128).

SECTION VI

De la conversion de l'usufruit en rente viagère.

L'usufruit présente toujours de sérieux inconvénients : ce n'est pas seulement à raison des rapports plus ou moins tendus qu'il crée entre l'usufruitier et les héritiers du sang, irrités d'être privés de la jouissance, des réglemens de compte qui entraînent la brouille, de la complication qui en résulte dans les partages : c'est surtout au point de vue économique qu'il est dangereux : il grève lourdement une notable partie de la fortune publique ; il gêne la libre circulation des biens qui y sont soumis ; il les rend en quelque sorte indisponibles : on sait combien une nue propriété est difficile à aliéner. Si c'est l'usufruitier qui a besoin de fonds, il trouvera plus difficilement encore des acquéreurs ou des prêteurs qui consentent à lui faire des avances sur une sûreté aussi fragile que celle qu'il peut leur offrir.

L'usufruit nuit enfin à une bonne administration ; l'usufruitier qui ne jouit qu'au jour le jour se montre imprévoyant de l'avenir ; il n'a qu'un but, faire donner au fonds tous les revenus qu'il est susceptible de fournir, en évitant seulement des abus de jouissance assez caractérisés pour lui faire craindre la déchéance de son droit ; il se gardera bien d'apporter des améliorations qui profiteraient au propriétaire. Dans la séance du Sénat du 9 mars 1877, M. Bernard fit ressortir tous ces inconvénients (1).

1. *Off.*, 10 mars 1877, p. 815.

Pour y remédier, le législateur permet aux héritiers d'obliger le conjoint à accepter la conversion de son usufruit en une rente viagère équivalente. Au lieu d'un droit réel grevant les biens héréditaires il n'aura qu'un droit de créance. C'est ce que dit l'article 767, 9° : « Jusqu'au « partage définitif les héritiers peuvent exiger, moyen- « nant sûretés suffisantes, que l'usufruit de l'époux sur- « vivant soit converti en une rente viagère équivalente. « S'ils sont en désaccord, la conversion sera facultative « pour les tribunaux. » Cette disposition a été empruntée au *code italien*, dont l'article 859 permet aux héritiers d'acquitter les droits de l'époux survivant moyennant la constitution d'une rente viagère, ou l'assignation des fruits de biens immeubles ou de capitaux héréditaires, à déterminer d'un commun accord ou par l'autorité judiciaire. L'article 838 du nouveau *code espagnol* permet également aux héritiers de fournir au conjoint sa part d'usufruit en lui assignant une rente viagère, le produit de biens déterminés ou un capital en argent.

Nous rechercherons à quelles conditions cette option peut être exercée, quels en sont les effets :

1° Elle n'est accordée aux héritiers que lorsque le conjoint est appelé par la loi : seul l'usufruit légal est susceptible d'être converti en une rente viagère.

En 1877, M. Bernard avait demandé que cette faculté fut donnée aux héritiers, alors même que le conjoint tiendrait sa jouissance du contrat de mariage, d'une donation et d'un testament ; il voulait qu'on la généralisât ; les motifs qui l'ont fait introduire lorsque c'est dans la loi que le conjoint trouve son titre étant les mêmes lorsque

son droit est conventionnel; l'amendement fut repoussé ; c'eût été porter une grave atteinte à la convention, ou modifier arbitrairement la volonté du testateur que permettre aux héritiers de substituer une simple créance à un droit réel.

L'option n'est accordée qu'aux héritiers, le conjoint ne pourrait demander cette conversion, bien qu'elle lui soit plus avantageuse, si les héritiers ne le veulent pas.

La loi ne lui reconnaît qu'un usufruit ; elle accorde exceptionnellement aux héritiers la faculté de se libérer en payant autre chose que ce qui est *in obligatione*, il y a là une obligation facultative et non pas alternative.

Les héritiers doivent prendre parti dans un certain délai : la situation du conjoint ne doit pas rester indéfiniment en suspens. Le projet de 1877 ne déterminait aucun délai ; la Chambre des députés, considérant qu'il y aurait de sérieux inconvénients à laisser trop longtemps incertaine la nature du droit de l'époux, décida que les héritiers devraient opter avant le partage définitif, et à défaut de partage, dans l'année du décès ; cette dernière restriction effacée par le sénat ne se retrouve pas dans le texte ; elle était inutile ; il n'est pas à craindre que l'époux soit à la discrétion des héritiers, et que ceux-ci en ne procédant pas au partage le laissent dans l'incertitude ; car il a le droit de provoquer le partage à son heure. Les héritiers ainsi actionnés seront obligés de se décider ; il serait quelquefois fâcheux de les obliger à se prononcer dans l'année du décès ; ils n'ont peut-être pas eu le temps de réunir les éléments d'appréciation dont ils ont besoin ; pourquoi les mettrait-on en demeure de se pro-

noncer, tant qu'un partage définitif n'a pas irrévocablement fixé les droits de chacun. On objecte, que dans un cas tout au moins, il serait nécessaire de fixer un délai indépendant du partage; lorsqu'il n'y a qu'un seul héritier, a-t-on dit, il ne peut être question de partage; il n'y a pas lieu sans doute à un partage de la propriété puisqu'il n'y a indivision que quant à l'usufruit, mais il faudra forcément déterminer les biens qui seront soumis à l'usufruit; or cette opération constitue un partage.

Le conjoint n'est tenu d'accepter la conversion que si les héritiers lui fournissent des sûretés suffisantes; la loi ne détermine pas quelles sont ces sûretés; c'est à lui à apprécier l'efficacité de celles qu'on lui offre; si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, les tribunaux prononceront; ils ne sont pas tenus de permettre la conversion demandée par les héritiers.

Les héritiers qui offrent des sûretés doivent être capables de les donner: c'est au droit commun qu'il y a lieu de se référer. Il n'est pas nécessaire que la caution qu'ils offriraient remplissent les conditions exigées pour la caution légale; elle est en effet fournie d'un commun accord entre eux et le conjoint: c'est donc une caution conventionnelle.

Le conjoint peut demander la résiliation du contrat si les sûretés qui lui ont été promises ne sont pas fournies (Civ., 1977); il en serait de même si les héritiers diminuaient par leur fait les sûretés données: au surplus sur ces différents points il y a lieu de se référer à la théorie des rentes viagères. Le conjoint reprend alors son usufruit.

Il est créancier des héritiers, et non de la succession : il ne peut être question pour lui du privilège de la séparation des patrimoines ; il faudrait, semble-t-il, lui reconnaître ce privilège si l'on admet qu'il a un droit alternatif, au choix des héritiers. Nous arrivons avec l'étude des effets de la conversion à la discussion de cette question.

2^o Le conjoint cesse d'être usufruitier pour devenir créancier ; son droit réel se transforme en un droit personnel.

Cette conversion est opérée à titre onéreux, puisqu'elle est le prix de la renonciation à l'usufruit ; on applique donc les règles relatives à la constitution d'une rente viagère à titre onéreux ; la rente demeure susceptible de saisie et d'expropriation ; elle ne rentre pas parmi les pensions que l'article 581 Pr. Civ. déclare insaisissables. Les créanciers du conjoint ne doivent pas souffrir d'une opération à laquelle ils sont restés étrangers.

Lorsque la conversion est opérée, a-t-elle un effet rétroactif jusqu'au jour du décès, de telle sorte que la transmission de l'usufruit est complètement effacée et que le conjoint est réputé n'avoir été que crédit rentier, ou bien doit-il être considéré comme ayant d'abord été usufruitier, puis crédit rentier depuis le moment où la conversion a eu lieu ? S'il n'y a pas rétroactivité, le conjoint qui a été investi de son usufruit consent une véritable cession, à laquelle est applicable le droit commun ; ses créanciers pourraient par exemple en demander l'annulation, si elle a été faite en fraude de leurs droits. S'il y a rétroactivité, il y a résolution de son usufruit ; il est réputé n'avoir jamais été usufruitier. Pratiquement c'est au point de

vue des droits de mutation que la question présente le plus d'intérêt. L'administration de l'enregistrement dans sa circulaire du 6 juin 1891 la résout dans le sens le plus favorable pour le trésor : elle admet que la conversion n'a pas d'effet rétroactif : telle est aussi notre opinion, que nous basons sur le texte même de la loi. L'époux survivant n'a droit qu'à la jouissance d'une partie des biens du prédécédé ; la conversion de son usufruit en une rente viagère, conversion facultative pour les héritiers ne saurait effacer la transmission qui s'est opérée de plein droit en sa faveur. Il y a en réalité transmission de cette jouissance, qui a été cédée à titre onéreux aux héritiers ; la régie est donc bien fondée à réclamer le droit de mutation dû sur les mutations d'usufruit, et le droit dû pour les actes portant renonciation à un usufruit. Les héritiers nu-propriétaires sont tenus d'acquitter les droits sur la valeur de la pleine propriété sans pouvoir comme au cas de legs d'une rente viagère déduire de l'actif héréditaire le capital de la rente.

Le texte de la loi, éclairé par les travaux préparatoires commande cette solution ; tout concourt à prouver que le législateur a eu pour unique but de faire du conjoint un successeur en usufruit ; il ne faut voir dans l'option accordée aux héritiers qu'une *facultas solutionis*, qui ne peut changer la nature du droit. L'exemple classique d'une obligation facultative est celui-ci : je lègue à Paul ma maison ; si mon héritier le préfère, si ce parti lui convient mieux, il pourra se libérer de l'obligation de livrer la maison en payant au légataire 10.000 francs ; c'est au fond ce que dit l'article 767, 9°, les héritiers *peuvent* exi-

ger, c'est-à-dire ont la faculté s'ils le préfèrent, parce que ce parti est plus avantageux d'exiger... On dit que le conjoint ne recueille son usufruit que sous la condition résolutoire que les héritiers n'exerceront pas l'option qui leur est donnée ; mais c'est ajouter arbitrairement à la vocation du conjoint une condition qui ne se trouve pas dans la loi.

Les partisans de la rétroactivité sont au point de vue spécial des droits de mutation obligés de faire une distinction, selon que la conversion est antérieure ou postérieure à la déclaration de la succession au bureau de l'enregistrement ; dans le premier cas il ne serait perçu que les droits dus sur un legs de rente viagère ; mais dans le deuxième, le droit ayant été régulièrement perçu sur une mutation d'usufruit il ne peut être restitué aux termes de l'article 60 de la loi de frimaire (1).

Le légataire d'usufruit, dit-on, ne recueille rien tant qu'il n'a pas obtenu la délivrance ; la régie n'oblige pas les héritiers à faire la déclaration de l'usufruit si le légataire meurt ou renonce avant la délivrance (2). L'équité seule motive ces décisions et non le défaut de demande en délivrance ou d'envoi en possession. On invoque encore un arrêt de la cour suprême du 4 janvier 1865 (D. 1865, 1, 35) d'après lequel, lorsqu'un legs d'usufruit a été exécuté au moyen d'un allotissement en toute propriété, le droit de mutation par décès doit être perçu comme s'il s'agissait d'un legs de pleine propriété ; la régie ne percevra

1. Zeglicki, *Revue critique*, 1892, p. 489.

2. Solutions du 28 avril 1875 et 29 octobre 1880.

donc qu'un seul droit qui sera réparti entre les redevables, héritiers et légataire proportionnellement à la part que leur a attribué le partage ; mais la solution de cet arrêt qui se justifie pour l'hypothèse sur laquelle la cour avait à statuer ne peut être étendue au conjoint ; dans l'espèce des héritiers ne recueillaient pas la propriété, tandis que lorsque l'usufruit du conjoint est converti en rente viagère, ils restent propriétaires de la succession entière.

La jurisprudence admet d'ailleurs que l'époux survivant, donataire ou légataire de l'usufruit des biens de son conjoint, qui enonce au bénéfice de la donation ou du legs moyennant une rente viagère, est tenu des droits de mutation par décès sur l'usufruit (1) ; il n'y a pas de raison pour ne pas donner la même solution lorsqu'il s'agit de l'usufruit légal.

L'acte de conversion est en outre soumis au droit fixe de 4 fr. 50 qui frappe la réunion de l'usufruit à la nue propriété et au droit proportionnel de transcription ; mais il n'y a pas lieu de percevoir le droit gradué auquel sont soumises les délivrances de legs ; l'usufruit de l'époux survivant ne procède pas d'un legs, mais d'une dévolution successorale ; la loi du 28 février 1872 est étrangère à ces sortes de délivrances.

1. V. Garnier, *Rép. de l'enregistrement*, 13983.

CHAPITRE IV

DE LA CRÉANCE ALIMENTAIRE.

Dans bien des cas, l'usufruit légal peut être illusoire ou insuffisant ; nous avons vu, en effet, qu'il n'existe qu'autant que l'époux prédécédé n'a pas écarté le survivant de sa succession ; les cas d'exhérédation ne sont pas déterminés ; un simple caprice peut être l'unique motif de l'exclusion ; la séparation de corps qui relâche simplement le lien conjugal constitue pour le conjoint coupable une cause d'indignité, et cependant l'obligation alimentaire subsistait à son profit. Enfin, nombreux sont les biens qui échappent à l'usufruit légal. L'œuvre du législateur aurait été incomplète, si pour toutes ces hypothèses il n'avait donné au survivant qui est dans le besoin un recours contre la succession opulente, peut-être du prédécédé. Comblant une lacune du Code civil il accorde au conjoint une créance alimentaire.

La solidarité si étroite qui existe entre les époux l'exige ; on ne comprend pas que le code la lui ait refusée ; aussi quelques jurisconsultes avaient essayé, nonobstant son silence, de faire admettre une solution contraire, estimant que l'équité et l'honneur du mariage autorisent suffisamment les tribunaux à se conformer à l'ancienne jurisprudence et aux lois romaines. Mais la jurisprudence et la grande

majorité des auteurs, considérant que l'obligation alimentaire est essentiellement personnelle, la déclaraient intransmissible aux héritiers du débiteur (1). Juridiquement, au point de vue des textes et des principes, cette opinion s'imposait. Les partisans de la transmissibilité, d'ailleurs, étaient loin de s'entendre sur les conditions auxquelles elle aurait lieu : les uns exigeant que la créance ait été constatée par un jugement, les autres voulant seulement que les besoins du créancier soient antérieurs au décès du débiteur (2), quelq̃ues-uns la déclarant toujours transmissible.

Il était un cas cependant, dans lequel les héritiers du conjoint prédécédé étaient tenus de continuer le service de la pension (3), si un jugement prononçant le divorce ou la séparation rendu en faveur du survivant, lui avait accordé contre son époux une créance d'aliments (Civ. 301) ; la loi a voulu que le divorce ou la séparation auxquels il a été obligé de recourir ne lui cause aucun préjudice. Cet article 301 ne pourrait être invoqué lorsque le divorce ou la séparation a été prononcé contre les deux conjoints (Tr. de Toulouse, 5 juillet 1886) (4).

La jurisprudence permet à l'époux qui a obtenu la séparation de corps à invoquer à son gré soit l'article 212, soit l'article 301, et alors il conserve sa pension en cas

1. Demol., IV, 40 ; Laurent III, 48 ; Besançon, 8 juillet 1879. D. 1880, 2, 142.

2. Aubry et Rau, 4^e édit., VI, § 553, p. 400.

3. Cass. 2 avril 1861, S. 1861, 1, 1410, Grenoble, 11 juillet 1863, D. 1865, 2, 6. 7.

4. Laurent III, 314.

de survie. Mais en dehors de cette hypothèse, l'époux survivant ne pouvait jusqu'à la loi de 1891 réclamer des aliments contre la succession du prédécédé, l'obligation alimentaire, qui tant qu'a duré le mariage a existé en première ligne entre les conjoints, qui persiste après la séparation de corps, quelles que soient les causes qui l'ont motivée (Cass. 27 janvier 1890, *Gaz. Pal.* 1890, 1, 334) en faveur même de l'époux adultère, cessait au décès de l'un d'eux.

Dans le cas toutefois où il y avait des descendants du mariage, le conjoint pouvait en sa qualité d'ascendant leur réclamer des aliments ; il pouvait dans le même cas en demander à son beau-père ou à sa belle-mère ; il avait de plus la jouissance des biens personnels de ses enfants mineurs de 18 ans.

En 1831, la commission chargée d'examiner la proposition Bourzat, n'accordait dans tous les cas au conjoint qu'une créance alimentaire. Le droit des héritiers, disait-on, ne serait pas atteint par la transmission d'une charge accompagnant l'émolument et inhérente à la qualité même de celui dont ils héritent. La transmission des biens resterait aussi libre que par le passé. La Cour de Cassation en 1873 ne voulait même pas accorder une pension alimentaire, craignant que cette innovation ne soulève de nombreux procès et ne soit une cause de discorde dans les familles.

Le législateur de 1891 a cru devoir autoriser le conjoint à réclamer des aliments à la succession elle-même, et non aux héritiers, toutes les fois que l'usufruit qui lui est attribué est insuffisant pour lui permettre de subve-

nir à ses besoins. « La succession de l'époux prédécédé
« en doit dans le même cas à l'époux survivant. Le délai
« pour les réclamer est d'un an à partir du décès et se
« prolonge en cas de partage jusqu'à son achèvement.

« La pension alimentaire est prélevée sur l'hérédité.
« Elle est supportée par tous les héritiers, et en cas d'in-
« suffisance, par tous légataires particuliers proportion-
« nellement à leur émolument. Toutefois si le défunt a
« expressément déclaré que tel legs sera acquitté de
« préférence aux autres, il sera fait application de l'arti-
« cle 927 du Code civil. »

M. Taudière à la Chambre des Députés critiqua la place
donnée à cette nouvelle disposition (1). « L'article 203,
« disait-il, crée une obligation purement personnelle.
« dérivant des rapports qui existent entre deux person-
« nes; or, l'obligation qu'on introduit est imposée à la
« succession, c'est une charge réelle. A ces observations,
« le rapporteur se borna à répondre que la place logique
« de ce texte était tout naturellement sous l'article du
« Code qui régleme les pensions alimentaires. »

Cette créance alimentaire n'est que subsidiaire. Nous
rechercherons à quelles conditions l'époux y a droit; com-
ment il l'exercera.

1° A la différence de l'usufruit, elle n'a pas pour fon-
dement l'affection présumée du *de cuius*: elle répond à un
besoin de justice et d'équité. Il n'est ni humain ni juste,
que l'époux survivant ne trouve pas lorsqu'il reste seul et
dans le besoin quelque secours dans la fortune laissée par

1. Séance du 22 mars 1893. *Off.*, 23; *Deb., Parl.*, p. 605.

le prémourant. Tandis que l'usufruit est accordé au conjoint quelle que soit sa situation de fortune ; alors même qu'elle serait des plus brillantes, il ne peut réclamer des aliments que conformément au droit commun, c'est-à-dire, si ses revenus sont insuffisants pour le faire vivre, et on sait qu'il y a là une question de fait dépendant de la souveraine appréciation des tribunaux, l'idée de besoin étant essentiellement relative.

Elle a le caractère d'une réserve ; le prédécédé ne peut l'enlever même par une disposition formelle ; on ne pourrait opposer au survivant sa renonciation anticipée. Elle lui est due quand bien même il aurait eu les torts les plus graves envers le *de cujus* ; peu importe également que ce soient les revers de fortune, sa dissipation ou son inconduite qui l'aient mis dans le besoin. Nous croyons que l'époux exclu de la succession comme indigne aurait également droit à des aliments. A la vérité, le droit romain (5, § II *de agn. et al. lib.*) et l'ancienne doctrine (Pothier, *Mariage* n. 38) prononçaient la déchéance de la pension alimentaire contre les enfants qui se seraient rendus coupables envers leurs parents de faits susceptibles d'entraîner l'exhérédation. Il est immoral peut-on dire, d'admettre le conjoint qui a méconnu tous ses devoirs, qui a commis une faute des plus graves, faute qui lui fait perdre tous ses droits héréditaires, à exercer un droit quelconque contre la succession de son conjoint. A cela nous répondons que les déchéances sont de droit étroit, qu'elles ne se présument pas ; l'article 727 écarte bien de la succession le successible indigne ; mais autre chose est le droit de succéder ; autre chose, le droit de demander

des aliments ; aucun texte n'édicte la déchéance de ce droit (Fuzier Hermann C. civ. 207, 6°) ; il en est ainsi lorsque la demande d'aliments est formée du vivant de l'époux offensé : Il doit en être de même lorsqu'ils sont réclamés contre sa succession : la nature du droit de l'époux créancier ne change pas. Il résulte bien d'ailleurs de la place donnée à la nouvelle disposition que le législateur considère le droit qu'il confère au conjoint survivant, non comme un droit de succession auquel devait être appliqué l'article 727, mais comme un droit de créance ; l'article 727 est bien évidemment inapplicable aux créanciers de la succession. Cette solution n'est pas aussi immorale qu'on le prétend ; l'obligation alimentaire persiste après la séparation de corps et cependant les causes pour lesquelles elle est prononcée sont aussi graves que celles qui entraînent l'indignité ; pourquoi l'époux indigne n'aurait-il pas un droit qui appartient au conjoint séparé ?

La loi a fixé un délai dans lequel le conjoint doit former sa réclamation (un an à partir de l'ouverture de la succession) ; toutefois, si le partage n'est pas encore terminé à cette époque, le délai peut être prolongé jusqu'à ce qu'il soit achevé. La Chambre des Députés voulait que dans tous les cas, la demande fut formée avant le partage ; mais on fit observer qu'en se hâtant d'y procéder, les héritiers pourraient mettre le conjoint dans l'impossibilité d'agir en temps utile.

Le conjoint qui n'a pas réclamé en temps utile est déchu de son droit ; on ne saurait admettre que lorsque le délai qui lui est donné pour former sa demande est écoulé les héritiers aient seulement le droit de le mettre en demeure

de prendre une décision. Il n'a donc aucun droit si son dénûment ne commence qu'après l'expiration du délai de l'article 203. Le défaut d'action constitue une fin de non recevoir péremptoire. Les tribunaux n'ont pas à rechercher pour quelles causes il n'a pu agir ; dès que les héritiers opposent la déchéance, elle doit être prononcée. Mais comme elle n'est établie que dans leur intérêt, les juges ne peuvent si elle n'est pas invoquée l'admettre d'office ; elle ne pourrait être invoquée pour la première fois devant la Cour de Cassation.

2° Le conjoint est créancier de la succession et non des héritiers ; ceux-ci ne peuvent donc être poursuivis s'ils renoncent, à moins qu'ils ne soient obligés à un autre titre ; si, par exemple, ce sont des descendants, et seulement en cas d'insuffisance de l'actif héréditaire.

La succession devrait des aliments alors même qu'elle est dévolue à des enfants que le prédécédé aurait eus d'un précédent mariage, et que le survivant aurait lui-même des enfants d'un premier lit auquel il pourrait en demander.

On ne tient compte pour déterminer la quotité de la pension que de l'actif net ; elle est indépendante de la fortune personnelle des héritiers ; si riches qu'ils soient ils ne pourraient être tenus de fournir des aliments s'il n'y a rien dans la succession.

« Si nous avons admis que la dette alimentaire pèsait sur la succession elle-même, disait M. Lacombe
« au Sénat, c'est que nous n'avons pas voulu qu'elle
« subît des variations soit à raison de la fortune personnelle des héritiers, soit à raison de leurs dettes person-

« nelles: nous avons en cela appliqué le vieux principe
« d'après lequel la succession continue la personne du
« défunt. »

Il est bien évident que le droit commun s'applique quant aux éléments dont on doit tenir compte pour la fixation de la pension; elle est mesurée aux besoins de l'époux qui la réclame, et aux facultés du débiteur, c'est-à-dire de la succession.

Dans la séance du Sénat du 2 décembre 1890, M. Xavier Blanc, demandait qu'on déclarât applicables à cette créance les articles 208 et 209 C. Civ; combattu par M. Lacombe son amendement fut repoussé; mais il résulte des explications échangées que c'est parce qu'il était considéré comme inutile (1).

Si l'époux cesse d'être dans le besoin et revient à meilleure fortune, les héritiers pourront demander leur décharge ou une réduction; s'il en était autrement cette créance constituerait un véritable droit successoral. Mais les ressources du débiteur, qui est la succession, être moral, purement fictif, dont l'actif est définitivement arrêté au moment où elle s'ouvre ne pouvant augmenter, l'époux créancier ne peut jamais réclamer une augmentation à raison de l'augmentation de la fortune personnelle des héritiers (2).

Du principe que c'est la succession qui est tenue de fournir les aliments résulte une autre conséquence. En droit commun, les magistrats peuvent permettre au débi-

1. *Off. Déb. Parl.* 1890, p. 1109.

2. *Rev. du Not.*, 1891, p. 816.

teur d'user de la *facultas solutionis* que lui accorde l'article 210. Cette disposition est inapplicable dans notre hypothèse.

La pension alimentaire présente sur l'usufruit l'avantage d'être incessible et insaisissable. Elle ne se calcule que sur l'actif net de la succession ; il en serait ainsi alors même que l'époux précédé en était déjà débiteur ; c'est un nouveau droit qui naît en faveur du survivant ; celui qu'il avait n'est pas transmissible.

Comme toutes les charges de la succession, elle est supportée par tous les héritiers, légataires et successeurs universels proportionnellement à leur émolument. D'après le projet elle devait être payée par tous les héritiers et légataires même particuliers ; la commission du Sénat modifia cette disposition pensant que les légataires particuliers ne devaient supporter les dettes qu'après épuisement de l'actif recueilli par les autres successeurs. Il n'y a pas lieu, disait M. Delsol, de déroger au droit commun en ce qu'il met toutes les dettes à la charge des héritiers, sans y faire contribuer les légataires particuliers. Mais n'aboutit-on pas ainsi à une sorte de spoliation des héritiers du sang ?

Les legs particuliers ne subissent donc une réduction proportionnelle qu'après épuisement des biens recueillis par les héritiers, légataires universels ou à titre universel.

Lorsque le *de cujus* laisse des héritiers réservataires, la pension alimentaire étant comprise dans la masse sur laquelle se calcule le disponible, est supportée proportionnellement par les réservataires et les légataires du

disponible même à titre particulier. La réserve qui ne peut être grevée de l'usufruit l'est donc de la créance d'aliments ; il semble qu'il y ait dans la loi une certaine incohérence. Mais cette solution résulte de la nature différente des deux droits reconnus à l'époux ; du moment qu'on créait à son profit un droit de créance, on devait le laisser soumis à toutes les règles qui régissent les droits de cette espèce ; or, leur caractère essentiel est de passer avant la réserve. Le projet de 1851, considérant que la réserve des enfants et des ascendants est sacrée, que la créance alimentaire est postérieure de tous points à leurs droits, décidait qu'elle ne pouvait leur porter atteinte.

Sur les observations de M. Griffe, l'article 927 Civ. fut déclaré applicable à la pension alimentaire. Cette disposition qui n'est qu'une conséquence de la liberté de tester allait de soi.

A la différence des autres créances alimentaires, celle-ci n'est pas réciproque ; le conjoint survivant ne doit rien aux héritiers du prédécédé ; il est peut-être fâcheux que lorsque les héritiers du prédécédé sont son père ou sa mère, ils n'aient pas, à moins qu'il y ait des enfants de l'union, le droit de réclamer des aliments à un conjoint qui aurait ce droit contre eux.

La loi n'attribue expressément aucune sûreté au conjoint créancier d'aliments. Le projet de la Chambre des Députés portait que le capital nécessaire pour le service des arrérages devait être prélevé sur la succession. Le Sénat, à la demande de M. Delsol, supprima le mot capital ; la pension alimentaire, dit l'article 205, est prélevée sur l'hérédité. On pourrait en conclure que le conjoint ne

peut exiger de prélèvement et n'a pas plus de droits qu'un créancier ordinaire ; cette conclusion serait erronée ; la suppression d'un mot considéré comme inutile ne peut avoir pour effet de modifier les droits du conjoint.

Comme tout créancier de la succession, il peut demander contre les créanciers personnels des héritiers la séparation des patrimoines ; de cette façon il arriverait indirectement à faire prélever sur la succession le capital nécessaire pour fournir les arrérages de sa pension. Il peut prendre inscription sur les immeubles héréditaires avant que le montant de sa créance soit déterminé ; s'il ne le pouvait pas, comme il n'a pour le faire qu'un délai de six mois, ce serait réduire à cette durée le délai d'un an que la loi lui donne pour former sa demande. Le droit de prendre inscription appartient d'ailleurs au créancier dont la créance n'est pas liquide ou encore constatée par un titre, au créancier conditionnel, au créancier d'une rente viagère (Cass. 2 février 1885) ; ces créanciers sont autorisés sur requête, comme en matière de saisie arrêt (Aubry et Rau, VI, § 619, p. 483), à charge de donner certaines garanties qui varient selon les circonstances (Demol. XVII, 108).

Il n'est pas perçu de droit de mutation spécial sur la pension alimentaire qui est une charge de la succession ; mais en vertu du principe de la non déduction des dettes, les héritiers paient le droit de mutation sans qu'on fasse abstraction de son capital sur l'actif héréditaire. L'acte portant règlement de la pension est soumis aux droits d'enregistrement perçus en pareil cas.

Nous avons vu que lorsqu'il y a des enfants de l'époux

prédécedé, le conjoint qui se remarie est déchu de son usufruit légal. Doit-on étendre cette déchéance à la créance d'aliments ? Le projet de 1851 l'admettait. Le maintien du droit aux aliments malgré le convol, disait M. Victor Lefranc (1), serait une provocation fâcheuse aux secondes noces.

Législativement cette solution serait certainement la meilleure ; il devient très difficile en effet au cas de convol de distinguer les biens personnels du conjoint remarié de ceux de son nouvel époux ; il trouve d'ailleurs dans sa nouvelle famille les droits qu'il perd dans celle dont il se sépare ; son nouvel époux est désormais tenu de subvenir à ses besoins ; on ne voit pas pourquoi la succession de l'époux oublié resterait grevée de cette charge. L'article 206 ne fait-il pas une application de ces idées en décidant que les gendres et belles-filles ne doivent plus d'aliments à leur belle-mère qui convole. Ces raisons, bien que très spécieuses, ne nous paraissent pas suffisantes pour introduire dans la loi une cause de déchéance qui n'y est pas ; le convol ne peut donc faire perdre *par lui-même* le droit à des aliments ; l'article 206 loin de contenir une disposition générale renferme une décision particulière ; il ne vise pas le beau-père qui se remarie ; il ne s'applique même pas au gendre où à la bru ; et il est de jurisprudence constante que les enfants continuent à devoir des aliments à leur père, et à leur mère qui ont convolé.

1. *Rev. de législation*, XLV, p. 347.

TROISIÈME PARTIE

Combinaison des droits accordés par la loi de 1891 avec les droits résultant de lois antérieures, des conventions matrimoniales ou d'un contrat d'assurance sur la vie.

CHAPITRE I

DROITS RÉSULTANT DE LOIS ANTÉRIEURES.

Nous avons vu que diverses dispositions législatives accordaient certains droits à l'époux survivant ; elles n'ont pas été abrogées expressément ; car aucun texte dans la loi nouvelle n'y fait allusion ; elles ne l'ont pas davantage été tacitement ; il n'y a pas incompatibilité entre les dispositions de ces lois et celles de la loi de 1891 ; or, une loi spéciale n'est pas tacitement abrogée par une loi générale postérieure ; l'abrogation ne peut résulter que d'une disposition formelle contenue dans la dernière loi, ou de dispositions inconciliables. Qu'en conclure si ce n'est que les lois spéciales énumérées dans la première partie sont restées en vigueur ? Cette solution est nettement indiquée par le rapport de M. Delsol ; elle résulte

également des explications données au Sénat par M. Lacombe le 2 décembre 1890. C'est à propos de la loi de 1866 que se posa la question.

« Tant qu'elle ne sera pas modifiée, dit M. Lacombe, « la loi de 1866 continuera à recevoir son application (1) ; « car les lois générales ne dérogent pas aux lois spécia-
« les. » Cette déclaration doit être étendue à toutes les autres dispositions particulières.

C'est d'abord le Code civil qui met à la charge des héritiers du mari les frais du deuil de la veuve (art. 1481, 1570-2°). Le deuil est une charge des héritiers et non de la succession ; il est dû à la veuve alors même que le mari n'aurait pas laissé de biens (Guillouard, III, 1314.)

Il est payé en argent ; les héritiers ne pourraient obliger la veuve à recevoir des habits en nature (Guillouard III, 1306 bis) ; ils ne pourraient répéter la somme par eux payée qui ne recevrait pas l'usage auquel elle était destinée. Il est dû à la femme séparée de corps ou de biens ; car elle n'est pas dispensée de le porter, et même à la femme qui serait dans l'impossibilité de la porter, parce qu'elle est malade, par exemple.

Il se règle selon les ressources et la condition sociale des époux, selon la fortune du mari ; les tribunaux pourraient en exempter les héritiers qui sont dans le dénuement, surtout si la veuve est fortunée. Il est dû non seulement pour la femme elle-même, mais aussi pour ses enfants et ses domestiques (Pau 27 mai 1837, S. 1838, 2, 291).

1. *Off.*, 3 décembre 1890. *Déb. Parl.*, p. 1108 ; de Loynes, *Rev. crit.*, 1892, p. 42.

La femme mariée sous le régime dotal y a droit alors même qu'elle n'aurait apporté aucune dot.

Dans l'ancien droit la créance du deuil était privilégiée, nous ne croyons pas qu'actuellement on puisse la faire rentrer dans les frais funéraires déclarés privilégiés par l'article 2101.

La veuve n'est certainement pas tenue d'imputer sur son usufruit légal la valeur de son deuil ; c'est un droit qui lui est accordé par la loi, non par la volonté de son mari prédécédé ; ce n'est pas une libéralité, dès lors il n'y a pas lieu à amputation.

Il en est de même du *droit à l'habitation et à l'entretien* que le code confère à la veuve commune ou dotale ; que la jurisprudence lui permet d'exercer lors même qu'elle est usufruitière par donation ou legs des biens du mari (1).

Les droits de la femme diffèrent selon le régime sous lequel elle était mariée. Lorsque c'est la communauté, les héritiers du mari sont tenus de lui fournir sur les biens communs la nourriture et le logement, durant les trois mois et quarante jours qui lui sont donnés pour faire inventaire et délibérer (Civ. 1465). Certains auteurs considèrent ce droit comme le paiement du service que la femme en administrant le fonds commun et en faisant inventaire rend aux héritiers du mari (Aubry et Rau, V, § 517, p. 423).

Si telle était la raison d'être de ces droits il faudrait en conclure que lorsque l'inventaire n'est pas terminé à l'expiration des 3 mois et 40 jours, la femme les conserve.

1. Douai, 15 novembre 1888. Pand. fr. 1889, 2. 62.

Nous croyons qu'ils ne doivent jamais dépasser les limites qu'y apporte la loi ; le délai est uniforme et identique dans tous les cas ; il ne peut dépendre du juge de le faire varier ; la femme d'ailleurs gère non seulement tant que dure l'inventaire et qu'elle délibère, mais jusqu'au partage, et cependant la faveur qui lui est faite ne saurait durer jusque-là (Rodière et Pont, II, 1030). A l'inverse la veuve conserve son droit bien qu'elle ait terminé l'inventaire et pris qualité avant l'expiration des délais légaux ; rien d'ailleurs ne lui serait plus facile que d'obtenir toujours la nourriture pendant les 3 mois et 40 jours ; elle n'aurait qu'à retarder la clôture de l'inventaire (Cass., 15 décembre 1873, S. 74, 1, 199. Guillouard, III, 1308).

La veuve a droit aux aliments non seulement pour elle-même, mais aussi pour ses domestiques et les enfants du mariage.

Les dépenses sont réglées eu égard à la situation de la veuve et à l'état de la communauté ; les tribunaux ont pour faire ce règlement un pouvoir souverain d'appréciation ; leurs décisions échappent à la censure de la Cour de cassation (Req. 10 janvier 1837 : S. 1837, 1, 172 ; Guillouard, III, 1310 ; Laurent XXII, 438). Si les biens de la communauté sont insuffisants, la femme peut se procurer des aliments à l'aide d'emprunts faits au compte de la masse commune.

Quant au droit d'habitation, qui lui est accordé durant les mêmes délais c'est un droit de créance et non un droit réel ; comme la précédente, cette disposition est une disposition humanitaire ; fondé sur la nécessité présumée de la veuve qui en bénéficie ce droit lui est absolu-

ment personnel ; comme tel il est incessible. Ces droits lui appartiennent, qu'elle accepte la communauté ou qu'elle y renonce.

Les droits reconnus à la veuve mariée sous le régime dotal diffèrent quelque peu de ceux que nous venons de faire connaître ; certains auteurs pensent qu'elle ne peut réclamer des aliments et le logement que lorsqu'elle a reçu une dot dont le mari a joui ; ses droits, disent-ils, ne sont qu'un dédommagement équitable de la privation des intérêts de sa dot ; cette solution ressort des termes de l'article 1570-2° et de la place qu'il occupe dans une section réglementant la restitution de la dot (Rodière et Pont, III, 1949). Cette doctrine nous paraît bien rigoureuse ; elle refuse tout avantage à la veuve dans l'hypothèse précisément où elle est le plus digne d'intérêt ; si l'article 1570 semble l'imposer pour les aliments il n'en est plus ainsi pour l'habitation ; il faudrait donc tout au moins distinguer entre les deux droits. Quant à la place que le législateur a donnée à ce texte, on ne peut en tirer d'argument sérieux ; on comprend que traitant de la restitution de la dot, il ait voulu régler les rapports de la veuve avec les héritiers du mari, en ce qui concerne les droits de viduité ; il devait même le faire ; on ne peut en conclure qu'il lui refuse ces droits s'il n'y a pas de dot à restituer ; on reconnaît généralement que même dans ce cas, le deuil lui est dû par la succession du mari ; or, ce n'est que l'article 1570 qui le dit ; pourquoi donnerait-il une solution différente pour les autres droits de viduité ?

Les aliments lui sont dus durant l'année de deuil, c'est-

à-dire durant le délai accordé aux héritiers du mari pour la restitution des meubles dotaux ; mais elle paie en réalité le droit qui lui est reconnu ; elle doit abandonner aux héritiers les revenus de sa dot, fruits et intérêts.

Elle a donc le choix entre des aliments ou les revenus de sa dot ; l'option une fois faite est irrévocable (Guillouard, IV, 2166). Mais elle a droit à des aliments lors même qu'elle aurait des revenus paraphernaux suffisants pour assurer son existence ; la loi ne distingue pas.

Si des aliments lui avaient été fournis après l'expiration de l'année, elle ne pourrait pour le temps durant lequel elle en a reçu réclamer les intérêts de sa dot (Bastia, 26 décembre 1855. S. 1856, 2, 13).

C'est également durant l'année de deuil qu'elle a droit à l'habitation pour elle et ses domestiques ; elle cesserait d'y avoir droit si elle se remariait avant l'expiration de cette année, dès que les dix mois de viduité sont écoulés : la loi est muette sans doute et ne prononce pas cette déchéance ; mais elle s'impose ; la femme doit habiter avec son nouveau mari ; elle n'a plus besoin de l'habitation qui lui était fournie.

Elle y a droit alors même que son mari l'aurait instituée légataire (Guillouard, IV, 2165), quelle que soit sa position de fortune. Elle ne l'impute pas sur les intérêts de sa dot (*Inst.* 1570, *in fine*) ; elle est donc plus favorisée que la veuve commune. Au surplus pour toutes les deux et sauf les différences que nous venons d'indiquer, les mêmes règles sont applicables.

On considère généralement les créances de la femme pour son deuil et ses aliments comme rentrant dans les

conventions matrimoniales dont parle l'article 2135 et comme garanties à ce titre par l'hypothèque légale, qui prend alors rang au jour de la célébration du mariage. Cass. 29 août 1838, D. 1838, 1, 374, contra Bordeaux 25 janvier 1858, S. 1858, 2-400.

La femme peut renoncer à ses droits dans le contrat de mariage. Pothier l'admettait déjà pour l'habitation coutumière (Hab. n° 3). Ils appartiennent à la veuve mariée sous le régime exclusif de communauté dont le mari a joui de tous les revenus (Rodière et Pont, III, 20-79.

Le Code (art. 1492, 1566-2,) permet encore à la femme commune, même renonçant à la communauté et à l'épouse dotale de reprendre les linges et hardes à son usage personnel. Il n'y a pas dans cette faculté absolument personnelle à la femme qui ne peut être exercée par ses héritiers (Pau 13 juillet 1886. D. 1887, 2. 178) un véritable gain de survie.

On peut admettre que la femme a le droit de reprendre tout son linge de corps, sa garde-robe à l'exception des bijoux et joyaux, et des dentelles, cachemires, fourrures d'une valeur disproportionnée à la fortune du mari, qui servent plus à l'ornement qu'au vêtement, et encore faudrait-il avoir égard à sa condition sociale (Guillouard IV, 2163). Ce droit bien entendu se cumule avec l'usufruit légal.

Les avantages conférés au conjoint survivant par des lois postérieures au code ne peuvent non plus être assimilés à des libéralités faites par le *de cujus*. Pour les pensions que les lois de 1831 et 1853 accordent aux veuves des militaires, marins et fonctionnaires, il ne peut y avoir

de doute. Pour qu'il y ait lieu à imputation, il faut que le survivant ait reçu une libéralité du défunt ; or, c'est de la loi que la veuve tient son droit à une pension ; ce n'est pas sur les biens personnels du mari que les arrérages lui sont payés, mais sur les fonds publics ; sans doute des retenues ont été opérées sur les traitements ; mais elles sont bien inférieures au bénéfice que la pension procure à la veuve ; elles ne constituent d'ailleurs qu'un élément de détermination des traitements que l'état fixe au mieux de l'intérêt d'une bonne administration et de ses agents.

Il en est de même de l'attribution au conjoint d'un déporté d'une partie de la concession dont celui-ci était titulaire. Si la concession n'était que provisoire, le conjoint qui demande à la conserver sollicite une faveur qu'il dépend de l'administration de lui accorder, il n'acquiert pas des biens entrés dans le patrimoine du *de cujus* : il ne peut donc être question d'imputer sur son droit légal, un avantage gracieusement concédé par l'administration. Mais lorsque le déporté avait une concession définitive, son conjoint devra-t-il imputer sur l'usufruit qu'il a sur la succession ordinaire la valeur en jouissance des avantages que lui fait la loi de 1873. Faut-il dire, au contraire, qu'il y a deux successions distinctes et indépendantes, ayant chacune leurs règles propres : c'est cette dernière conception qui ressort des travaux préparatoires de la loi de 1873 : le législateur a voulu déroger, au point de vue de la transmission, au principe de l'unité du patrimoine. La concession forme un patrimoine entièrement distinct, est-il dit (1), tout à fait à part, acquis dans

1. *Off.*, 20 mars 1873 : p. 1941 : 21 et 26 mars, p. 1967 et 2101.

des conditions exceptionnelles, se gouvernant d'après des règles exceptionnelles, tous ces biens sont en dehors de l'hérédité ordinaire : il y a une succession anormale régie par des principes particuliers.

La loi de 1891 règle seulement les droits du conjoint sur les biens continentaux, elle ne modifie pas la dévolution spéciale au patrimoine colonial ; chacun reste soumis à ses règles propres. Le conjoint d'ailleurs tient de la loi les avantages qui lui sont accordés sur les biens coloniaux. Enfin dans certains cas, la loi de 1873 reconnaît à l'époux un droit de propriété : l'imputation dans ces cas soulèverait de grosses difficultés. Mais bien entendu il y aurait lieu à imputation si le déporté usant de la faculté qui lui est accordée, avait disposé par donation entre vifs ou testamentaire de ses biens coloniaux en faveur de son conjoint : le droit commun redeviendrait alors applicable.

La même solution doit aussi être admise en ce qui concerne la jouissance des droits d'auteur qui est pendant 50 ans attribuée aux conjoints des écrivains et des artistes. Une discussion sur ce point eut lieu au Sénat dans la séance du 2 décembre 1890 (1). Notre savant professeur M. Lyon-Caen avait soutenu dans le *Droit* du 31 mars 1890 l'opinion que la nouvelle loi devrait faire tomber celle de 1866 : il trouvait inconséquent le système du cumul. Sous l'empire de la législation nouvelle, le danger de voir le conjoint survivant dans le dénûment alors que les héritiers du prédécédé recueilleraient tous les bénéfices des

1. *Off.*, 3 décembre 1890. *Deb. Parl.*, p. 1108.

œuvres de leur auteur n'existe plus : les dispositions de la loi de 1866 n'ont plus de raison d'être ; lorsqu'on modifie le système général à quoi bon conserver pour les auteurs un système spécial ? Législativement cette doctrine serait peut-être la plus logique ; mais elle n'a pas prévalu ; les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard ; le silence de l'article 767 implique la reconnaissance de la continuation des effets produits par la loi de 1866.

On n'a pas consacré non plus le système de l'imputation réclamé par M. Bozérian, dans un amendement ainsi conçu : « La loi du 14 juillet 1866 continuera d'être appliquée. Si par suite de son application, le conjoint survivant n'est pas entièrement rempli des droits qui lui sont conférés par l'article 1^{er} de la présente loi la différence sera complétée par une attribution à lui faite jusqu'à due concurrence sur les autres biens de la succession. » Cet amendement ne fut pas pris en considération ; le Sénat consacra la théorie défendue par M. Lacombe ; il y a deux patrimoines distincts ; l'un ne comprenant que les droits d'auteur, le deuxième tous les autres biens. Ces deux patrimoines sont chacun régis par les lois qui leur sont propres, le premier par la loi de 1866, le deuxième par la loi de 1891 qui s'appliquent simultanément. Aux raisons invoquées par le rapporteur on peut en ajouter d'autres : sans doute il y a de nombreuses ressemblances entre les deux lois ; dans les deux cas le droit du conjoint est une simple jouissance, se perd en cas de divorce, ou de séparation de corps prononcée contre le survivant ne peut préjudicier à la réserve, n'est pas pro-

tégé contre les dispositions entre-vifs ou testamentaires du prédécédé ; mais il y a une différence qui rend impossible toute imputation ; d'après la loi de 1866, le conjoint qui se remarie perd toujours sa jouissance ; d'après celle de 1891, il ne la perd que si au moment du convol il existe des enfants du *de cujus* ; l'imputation ne lui donnerait donc pas tout ce que cette dernière loi a voulu lui assurer.

La jouissance des droits d'auteur n'est d'ailleurs pas une libéralité faite par le *de cujus* ; elle est établie par la loi ; or, il n'y a pas de libéralité sans manifestation de volonté. Il est vrai que l'article 1^{er}-3^o de la loi de 1866 déclare applicables les règles de la réserve. Le législateur n'a pas voulu que la dérogation qu'il apportait à l'ordre des successions portât atteinte à la réserve ; il a voulu prendre pour limites du droit qu'il conférait à l'époux survivant les limites qu'il avait assignées aux libéralités volontaires (Pouillet, Pte. Litt. 221). Il n'est pas nécessaire pour l'expliquer de voir dans cette attribution une donation présumée dont la date se placerait au jour de la célébration du mariage (Foleville, Pte Litt. n° 24) ; c'est en qualité de successeur que le conjoint recueille son droit de jouissance ; mais il ne peut l'exercer sur les biens qui composent la réserve ; c'est tout ce qu'a voulu dire la loi de 1866, ce que dit aussi celle de 1891 (1).

1. Mesnard, *Lois nouvelles*, 1891, p. 531 ; Souchon, *Rev. crit.*, 1891, p. 238 ; Lamache, *Rev. du not.*, 1891, p. 820. De Loynes. *Rev. crit.*, 1892, p. 53.

CHAPITRE II

COMBINAISON DE L'USUFRUIT LÉGAL AVEC LES AVANTAGES RÉSULTANT DES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

Lorsque le contrat de mariage renferme des libéralités au profit du survivant, il est tenu de les imputer sur son droit légal selon les règles déjà exposées.

Les époux peuvent avoir intérêt à régler leurs droits de survie dans le contrat qui détermine les conséquences de leur union quant aux biens. Les droits conférés au survivant sont à l'abri d'un changement de volonté, d'une révocation testamentaire, ou peuvent excéder l'étendue de ceux que donne la loi, à condition de ne pas dépasser le disponible spécial que fixent les articles 1094 et 1098.

Les coutumes qui accordaient un douaire de plein droit ne l'accordaient pour la plupart qu'à défaut de douaire conventionnel (Pothier, *loc. cit.*, n. 3). Le projet de 1877 contenait une disposition analogue ; nous avons vu qu'elle fut écartée : le conjoint qui n'est pas rempli de son usufruit légal par les donations contenues dans le contrat de mariage peut en exiger le complément.

Si le contrat se réfère à la loi pour régler les droits du survivant, ou s'il reproduit les termes mêmes de la loi, deux solutions sont possibles d'après les circonstances ; ou bien les parties auront voulu donner au droit qu'elles

instituent le caractère du droit légal lui-même, et lui attribuer la même nature révocable, avec la caducité en cas de convol; ou au contraire, elles auront voulu faire une véritable libéralité, égale en quotité au bénéfice de la loi, mais définitive et irrévocable, subsistant même en cas de second mariage. Si le contrat nes'explique pas sur l'intention des parties il faudra dans le doute admettre l'irrévocabilité comme plus conforme à leur volonté.

La législation allemande autorise entre les époux des pactes successoraux différents des conventions matrimoniales proprement dites en ce qu'ils règlent, non les relations des conjoints durant le mariage, mais les droits du survivant sur la succession du prémourant, des testaments réciproques en ce qu'ils sont irrévocables; ils peuvent être faits, soit par les fiancés en vue du mariage, soit par les époux durant le mariage.

Mais sans que le contrat contienne des libéralités en faveur du survivant il arrivera souvent que l'adoption de tel régime ou de telle clause lui procurera de grands avantages; il peut en être ainsi alors même que les époux se seraient mariés sans faire de contrat; la communauté légale est souvent très favorable pour l'un d'eux. Les clauses d'ameublissement, de préciput, de partage inégal sont souvent très avantageuses.

Il n'y aura jamais lieu à imputation pour ces avantages qui sont considérés comme résultant de stipulations à titre onéreux (art. 1496, 1523, 1527); sous ce rapport le principe est le même, soit qu'il s'agisse de la communauté légale, soit qu'il s'agisse d'une communauté conventionnelle. Légale ou conventionnelle la communauté est tou-

jours une société, c'est-à-dire un contrat à titre onéreux. Pour certaines clauses, il n'y a aucune doute, il en est ainsi pour l'ameublement (Guillouard, 3, 1553), le forfait de communauté, l'attribution de parts inégales, ou de la communauté entière au survivant; cette clause stipulée en faveur du survivant quel qu'il soit, constitue une convention aléatoire, chacun des époux ayant la chance d'avoir tout ou rien; si elle ne doit profiter qu'à tel conjoint s'il survit, sans doute il a seul la chance de gagner; mais l'incertitude de la survie permet à l'autre époux d'opérer un partage égal si le bénéficiaire précède; il y a encore contrat aléatoire.

L'attribution de la communauté entière au survivant ne constitue une stipulation à titre onéreux qu'autant que les héritiers du prédécédé peuvent reprendre les apports et capitaux tombés du chef de leur auteur dans la communauté (Bordeaux, 5 mai 1887, S. 1840, 2, 124) (1); il n'est pas nécessaire que cette faculté leur soit expressément réservée; elle existe *de plano*, et est sous entendue dans la clause qui nous occupe.

Il n'y aurait pas libéralité alors même que les époux auraient déclaré qu'ils se faisaient une donation; il ne faut pas s'arrêter à une qualification erronée, mais rechercher quelle a été réellement leur intention; une fausse dénomination ne change pas le caractère de la stipulation.

Lorsque la faculté de reprendre les apports de leur auteur est enlevée aux héritiers du prédécédé, il y a

1. La reprise des apports ne doit pas être confondue avec celle des propres.

donation pour le tout, le survivant devra donc imputer sur son usufruit légal tout l'avantage que lui procure cette attribution, même sur les acquêts ; il est impossible de scinder les effets d'une convention qui forme un tout indivisible, (Cass., 7 déc. 1886, D. 1886, 1, 343). Néanmoins, M. Colmet de Santerre (VI, 193 *bis* II), considère la clause qui attribue les apports au survivant comme une convention de mariage, et non comme une donation, lorsqu'elle conserve le caractère aléatoire, c'est-à-dire lorsqu'elle doit profiter au survivant quel qu'il soit : chaque époux ayant alors la chance de profiter des apports de son conjoint, s'il survit.

On décide généralement que la faculté de reprendre les apports doit être réservée aux héritiers même dans le cas de partage inégal ; qu'importe que l'inégalité soit plus ou moins forte.

Peu importe que les apports soient attribués au survivant en pleine propriété ou seulement en usufruit ; dans tous les cas il y a libéralité(1) ; donc il y a lieu à imputation.

On admet que la stipulation d'une communauté universelle est une libéralité lorsque les faits démontrent que dans l'intention des parties il y a une donation déguisée, spécialement lorsqu'un des époux a fait un apport considérable, alors que l'autre n'avait rien ; sinon il serait trop facile d'éluder les dispositions de la loi relatives à la réserve : il y a d'ailleurs là une question de fait laissée à l'appréciation des juges (Cass., 18 janvier 1888, S. 1890, 1, 179).

1. Cass., 5 juillet 1876 ; D. 1877, 1, 36. *Contra*, Pr. de Douai, 22 janvier 1886, D. 1886, 3, 15.

Quant au préciput, toujours conventionnel dans notre législation, le Code n'ayant pas admis le préciput légal que dans l'ancien droit, quelques coutumes accordaient au survivant de deux époux nobles, ou de préciput analogue à celui qui dans certaines lois étrangères (1) est actuellement reconnu au conjoint survivant, la doctrine, sauf quelques dissidences (Colmet de Santerre, VI, 183 *bis*, I) et la jurisprudence sont d'accord, nonobstant la rédaction ambiguë de l'article 1516, pour le considérer comme un avantage résultant d'un contrat aléatoire, qui échappe dès lors aux règles de fond et de forme des donations.

Le préciput n'étant pas une libéralité, l'époux en faveur duquel il a été stipulé le prélèvera sans être tenu d'en imputer le montant sur son usufruit légal; il en serait ainsi alors même qu'il aurait été stipulé en faveur de la femme renonçante, si l'on admet que même dans cette hypothèse il ne constitue pas une libéralité, mais un moyen pour la femme de se soustraire aux embarras de la liquidation et de se garantir contre les suites de la mauvaise gestion du mari.

Sur le caractère des avantages résultant des conventions matrimoniales, il se présente une question qui a été récemment tranchée par la Cour de Nancy (25 février 1891.

1. En Wurtemberg, l'époux survivant prend à titre de préciput les objets destinés à son usage personnel; en Suède, il prélève 1/20 des meubles; à Zurich (Code de 1887, art. 900) il prend les présents de noces faits au prémourant qui existent en nature, et les objets de ménage jusqu'à concurrence du quart de la succession.

Gaz. Tr. 3 avril 1891) et qui était neuve en jurisprudence : la loi nouvelle la soulève. On sait que l'article 1496-2° décide que si la confusion du mobilier et des dettes qui se produit sous le régime de la communauté légale opère au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, les enfants que l'autre époux aurait d'un précédent mariage ont une action en retranchement. L'article 1527-3° reproduit cette disposition pour les communauté conventionnelle ; il n'est pas nécessaire, pour que l'action en réduction puisse être exercée par les enfants du premier lit, que l'époux prédécédé ait eu l'intention d'avantager son conjoint ; il suffit que le survivant ait été avantagé en fait. C'est à l'effet de la convention que la loi s'attache ; elle présume qu'il y a eu intention libérale (Guillouard, III, 1441).

L'article 1527 s'applique à tous les avantages qui peuvent résulter de la communauté conventionnelle. Seule la communauté d'acquêts ne donne pas en principe ouverture à l'action en retranchement, en raison de la disposition finale de l'article 1527.

En résumé, les avantages que retire de l'association conjugale, et qui résultent, soit de la composition de la communauté, soit du partage, l'époux dont le conjoint aurait des enfants d'une précédente union, sont réductibles sur la demande de ces enfants. Mais doivent-ils être à tous les points de vue considérés comme des donations ; faut-il leur en appliquer toutes les règles de fond, et par conséquent les déclarer imputables sur l'usufruit légal ? Nous ne le croyons pas ; la cour de Nancy a jugé dans le même sens. Il s'agissait dans l'espèce sur laquelle elle

avait à statuer, de savoir si ces avantages devaient être imputés sur la quotité disponible. Un arrêt de la Cour de Paris du 26 juin 1880 porte cependant dans ses motifs que la convention qui attribuerait la totalité des acquêts de la communauté au survivant *constitue une libéralité* ; il n'y a pas lieu de s'arrêter à une qualification dont il ne tire aucune conséquence.

Nous citerons quelques-uns des motifs très juridiques de l'arrêt de Nancy : « Sans doute une dérogation est
« apportée au principe de l'article 1496 dans l'intérêt des
« enfants d'un premier lit. *Mais l'action en réduction que*
« *la loi leur accorde n'implique pas qu'elle ait voulu assi-*
« *miler ces avantages à une véritable donation, transfor-*
« *mer la nature même du titre de l'époux avantagé. Si*
« les articles 1496 et 1527 renvoient à l'article 1098,
« c'est uniquement pour fixer ce que le conjoint d'un
« veuf ou d'une veuve peut recevoir en qualité de commun
« en biens ; la sauvegarde des intérêts des enfants du pre-
« mier lit explique seule la restriction des articles 1496 et
« 1527. » Tel est en effet le véritable motif de ces disposi-
tions ; la loi veut protéger les enfants du premier lit menacés d'être dépouillés par des libéralités excessives. L'expérience ne prouve que trop que les veufs ou veuves qui convolent à de nouvelles noces cherchent à avantager leur nouveau conjoint par tous les moyens possibles, et oublient trop souvent les devoirs qu'ils ont à remplir envers leurs enfants ; le chancelier de l'Hôpital le disait déjà dans le préambule de l'édit de 1560. Laisser les époux qui se remarient soumis au droit commun quant aux effets des conventions matrimoniales, c'eût été leur donner un

moyen vraiment trop commode d'éluder les sages dispositions de l'article 1098.

« Le législateur, ajoute la Cour, a pris soin de préciser
« dans l'un et l'autre de ces articles que ce qu'il a dit précé-
« demment relativement aux règles et aux effets de la
« communauté légale ou conventionnelle serait observé
« même lorsqu'un des époux ou tous les deux auraient
« des enfants d'un précédent mariage, ce qui est la preuve
« la plus incontestable qu'il n'a pas eu l'intention de
« comparer la situation du conjoint de cet époux remarié
« à celle d'un époux simplement donataire. Il a intentionnellement évité l'emploi des expressions libéralité,
« donation, réduction. On ne comprendrait pas d'ailleurs
« que le caractère des avantages que procurent les conventions matrimoniales varie selon qu'il y a ou non des
« enfants d'un précédent mariage. Si telle n'était pas la
« théorie de la loi il faudrait décider que ces avantages
« seraient dans notre hypothèse atteints par la déchéance
« de l'article 299 Civ., révocables pour cause d'ingratitude,
« imputables sur la quotité disponible, sur l'usufruit
« légal ; diverses conséquences qui doivent être rejetées.

Le cumul des avantages matrimoniaux et de l'usufruit légal crée au conjoint une situation très favorable, peut-être même trop favorable. Il semble que le législateur aurait pu déroger au principe d'après lequel les clauses d'un contrat de mariage sont considérées comme étant des stipulations à titre onéreux ; en ne le faisant pas il a dépassé le but qu'il se proposait. Il ne permet pas de cumuler l'usufruit légal et une libéralité précipitaire ; et

il admet le cumul de ce même usufruit et d'avantages qui seront souvent très considérables.

Le Code civil italien (Art. 828) oblige l'époux à imputer sur l'usufruit qui lui est accordé sur la succession testamentaire de son conjoint les avantages qui lui parviennent par l'effet des conventions matrimoniales.

CHAPITRE III

COMBINAISON DE L'USUFRUIT LÉGAL ET D'UNE ASSURANCE SUR LA VIE.

On sait quel immense développement a pris depuis quelques années l'assurance sur la vie.

Lorsqu'elle a été contractée un profit d'un tiers déterminé, une jurisprudence constante décide qu'elle constitue une stipulation pour autrui valable d'après l'article 1121 C. civ. Du système par elle adopté, la jurisprudence a tiré les conséquences suivantes : Le capital assuré n'a jamais fait partie du patrimoine du stipulant ; du jour de sa formation le contrat engendre au profit du bénéficiaire une créance ferme et actuelle dont l'exigibilité seule est différée ; le bénéficiaire sans doute n'acquiert un droit irrévocable qu'au décès du stipulant, lequel reste toujours libre de transporter à un autre le bénéfice du contrat ; mais par son acceptation, fut-elle postérieure au décès de l'assuré, il acquiert un droit propre et personnel, de telle sorte qu'il est réputé avoir été *ab initio* seul propriétaire de l'indemnité, et créancier de l'assureur (1), les créanciers du stipulant n'ont aucun droit sur l'indemnité.

1. Cass. 7 avril 1888, S. 1889, 1, 97. Paris 30 avril 1891. S. 1891 2, 189.

Dans ses rapports avec le stipulant, le bénéficiaire est considéré comme un donataire ; la jurisprudence voit dans ce contrat une libéralité *sui generis*, affranchie des formes des donations comme étant la condition d'une stipulation faite pour soi-même, mais qu'elle déclare soumise aux règles sur la réserve et la quotité disponible. On s'attendrait à ce qu'on ne considère le bénéficiaire que comme donataire des primes, qui seules devraient être rapportées ou réunies fictivement aux biens laissés par le *de cujus* pour le calcul de la réserve ; seules, en effet, les primes sont sorties du patrimoine du stipulant ; l'article 453 du Code de commerce italien du 2 avril 1882 décide en ce sens que le bénéfice de l'assurance reste exclusivement à la personne désignée au contrat, sauf en ce qui concerne les versements effectués, l'application des dispositions du Code civil relatives au rapport et à la réduction. Mais la jurisprudence française exige le rapport ou la réunion fictive à la succession du montant de l'indemnité (1) ; elle invoque, à l'appui de cette solution, l'intérêt de la famille, les devoirs de protection et d'affection dont est tenu le stipulant. Dans le contrat il y a deux stipulations, une entre l'assuré et l'assureur, l'autre entre l'assuré et le bénéficiaire ; celle-ci constitue une libéralité ; le bénéficiaire ne donne rien en échange de ce qu'il reçoit ; il en est de même lorsqu'une rente viagère est constituée au profit d'un tiers ; le bénéficiaire doit subir la réduction si le capital fourni excède le disponible (Civ., 1973). Les héritiers du stipulant peuvent

1. Cass., 8 février 1888. S. 1888, 9, 121 ; Amiens, 31 janvier 1889. S. 1890, 2, 5.

donc demander le rapport par application du principe de l'égalité des partages.

La loi belge du 11 décembre 1874 attribue l'indemnité au bénéficiaire sans préjudice de l'application des règles du droit civil relatives au rapport et à la réduction.

La jurisprudence revient à son principe, pour écarter l'application des articles 559 et 564 du Code de commerce ; on ne peut dire que le bénéfice que la femme retire du contrat lui soit procuré au moyen de sommes appartenant en propre au mari ; il n'y a pas à craindre le détournement d'actif que l'article 559 a voulu prévenir (Cass. 23 juil. 1889, D. 1890, 4, 383) ; la femme devrait cependant compte aux créanciers, du montant des primes pour lesquelles il y a donation (Tr. de Lyon, 31 janv. 1891).

L'assurance sur la vie est surtout à encourager entre époux, soit qu'ils s'assurent mutuellement et réciproquement, voulant que le survivant ne soit pas exposé à passer brusquement d'une situation aisée à un état de gêne, soit qu'un seul, le mari généralement, stipule en faveur de l'autre : Le *code prussien* se montre spécialement favorable à ces assurances ; il présume que l'époux bénéficiaire a intérêt à la vie de l'assuré (C. com. 380). Les époux et les fiancés peuvent seuls assurer pour leur propre compte la vie de leurs conjoints et fiancés sans leur consentement, le *Code de commerce autrichien* (art. 499) contient une solution analogue : Aux *États-Unis* et en *Angleterre* (act. du 9 avril 1870), la femme peut contracter une assurance au profit de son mari sans autorisation. En France, lorsqu'un conjoint s'assure lui-même sur la vie de son conjoint le consentement de ce dernier

est nécessaire (1). Mais il peut être tacitement donné.

L'assurance entre époux est soumise aux mêmes règles que les autres : on admet généralement que l'indemnité constitue un propre pour le bénéficiaire; sinon il y aurait pour les époux mariés sous la communauté une sorte d'interdiction de ce contrat (2).

C'est à titre de libéralité que l'époux bénéficiaire recueille l'indemnité, à moins qu'il ne se soit assuré lui-même pour le cas de mort de son conjoint ; celui-ci ayant été étranger au contrat il ne saurait être question de libéralité par lui faite au survivant (3). La jurisprudence décide de même pour l'assurance contractée réciproquement par les deux conjoints en faveur du survivant, hypothèse qui présente une certaine analogie avec celle où une rente viagère étant constituée au profit de deux époux est stipulée réversible sur la tête du survivant. Les effets du contrat doivent être réglés comme si le prédécédé seul s'était assuré en faveur du survivant (4). Il y a dans la police deux donations réciproques, l'une au profit du mari faite par la femme, qui sera réalisée par la survie du mari, l'autre au profit de la femme faite par le mari qui sera résolue par le prédécès de la femme ; tout se passera donc comme s'il n'y avait jamais eu qu'une seule assurance. Cette doctrine n'est cependant pas définitivement fixée en

1. Rennes, 24 juillet 1884, S. 1886, 2, 201.

2. Bazenet, *Assurances sur la vie entre époux*, p. 116.

3. Riom, 8 juillet 1890, S. 1891. 2. 185 ; note de M. Labbé.

4. Cass., 28 mars 1877. D. 1877. 1. 241. Lyon, 27 décembre 1887. S. 1888. 2. 241.

jurisprudence (1). Les deux époux, dit-on, ont concouru à une opération qui leur a été inspirée par le même sentiment ; chacun ne songeait qu'à son intérêt ; il y a une convention aléatoire et non une double donation. Pour qu'il y ait libéralité, il faudrait que l'époux prédécédé ait acquis l'indemnité payée par l'assureur et l'ait ensuite transmise au survivant ; il n'y aurait donc pas lieu pour les héritiers réservataires de demander la réduction dans les limites du disponible ; pour le conjoint bénéficiaire d'imputer sur son usufruit légal le montant de l'indemnité. Si au contraire, l'époux bénéficiaire du contrat, que ce soit le mari ou la femme, que son conjoint ait traité avec la compagnie, ou qu'il se soit lui-même assuré sur la vie de celui-ci, que l'assurance soit simple ou mutuelle, recueille l'indemnité à titre gratuit, il y a lieu d'appliquer les règles relatives aux libéralités entre époux. C'est ce que fait la jurisprudence ; la séparation de corps prive de son droit le conjoint entre lequel elle est prononcée (Tr. de Baume-les-Dames, 5 avril 1886). Tant que dure le mariage chaque époux peut révoquer *ad nutum* la stipulation qu'il a faite en faveur de son époux, même après l'acceptation de celui-ci (Bourges, 17 juillet 1890, la Loi 1890, p. 723). Elle est soumise à la réduction, si elle excède le disponible fixé par les articles 1094 et 1098.

Il faut également décider que conformément à l'article 767-8° l'époux bénéficiaire devra imputer sur son usufruit légal la valeur en jouissance de l'indemnité qui lui est payée par l'assureur. Le but poursuivi par le légis-

1. Rennes, 8 février 1888. S. 1889. 2. 121 et note de M. Labbé.

lateur se trouve atteint, lorsque par ses dispositions l'époux prémourant a mis son conjoint à l'abri du besoin ; il est inutile de permettre le cumul de la jouissance légale et des avantages qui lui ont été assurés par le *de cuius*, parmi lesquels se trouve comprise l'assurance sur la vie.

Nous connaissons les points essentiels d'une réforme depuis longtemps attendue. Le conjoint survivant, sans doute, n'est pas héritier légitime ; mais on lui reconnaît des droits successoraux largement suffisants ; s'il est dans le besoin il a toujours une créance alimentaire contre la succession du prédécédé. C'est avec raison qu'on n'en a pas fait un héritier réservataire ; il eût été dangereux de diminuer la quotité, bien restreinte déjà, du disponible.

Dans l'intérêt des héritiers du sang, dont les droits ne doivent être restreints que dans la mesure jugée nécessaire, on l'oblige à imputer sur son droit légal le montant des libéralités qu'il a reçues de son conjoint. La loi nouvelle concilie donc les droits de la famille légitime et les intérêts de l'époux.

Telle qu'elle est, elle n'est pas parfaite sans doute ; nous avons au cours de cette étude formulé quelques critiques : l'application a déjà donné lieu dans la pratique à de graves difficultés ; le partage de la plupart des successions se trouve singulièrement compliqué ; des conflits regrettables s'élèvent entre des co-partageants, qui ont des intérêts opposés. Pour certains droits temporaires, tels que ceux résultant d'un brevet d'invention, la jouissance du

conjoint va réduire sensiblement les droits des héritiers ; n'a-t-on pas pour ces droits été trop loin ? n'aurait-il pas été bon d'insérer dans la loi des dispositions à cet égard ? l'avenir l'apprendra. Des doutes sérieux existent aussi sur la détermination de la masse soumise à l'usufruit, lorsque le conjoint prédécédé a contracté une assurance sur la vie au profit du survivant ; on aurait, semble-t-il, dû prévoir cette question. Mais l'imperfection est inhérente à toute œuvre humaine ; la pratique signalera ce que la loi a de défectueux ; la jurisprudence essaiera de l'atténuer. Il n'en faut pas moins rendre hommage à une réforme consciencieusement élaborée et depuis longtemps préparée par les remarquables travaux de nombreux publicistes et jurisconsultes.

POSITIONS

DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

- I. — La veuve qui concourt avec des enfants que le mari avait d'un précédent mariage n'a droit qu'à l'usufruit de la quarte.
- II. — C'est en qualité d'héritière que la veuve pauvre recueille sa quarte.
- III. — L'origine de la donation *propter nuptias* est dans la *sponsalitia donatio*.
- IV. — La donation nuptiale doit être considérée comme une véritable dot constituée par le mari.

DROIT FRANÇAIS

- I. — La femme ne peut invoquer son hypothèque légale, en tant qu'elle est usufruitière d'une quote-part du patrimoine de son mari prédécédé.
- II. — L'imputation que la loi du 9 mars 1891 impose au conjoint survivant qui a reçu des libéralités du

prédécedé ne doit, lorsque ces libéralités sont faites en pleine propriété, porter que sur les revenus.

III. — L'époux usufruitier légal est tenu de fournir caution.

IV. — Lorsque les héritiers du conjoint prédécédé, usant de la faculté que leur accorde la loi, obtiennent la conversion de l'usufruit du survivant en une rente viagère, cette conversion ne rétroagit pas jusqu'au jour du décès.

V. — L'indignité ne fait pas perdre à l'époux survivant la créance alimentaire qu'il a contre la succession du prédécédé.

EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN

I. — Les servitudes ne purent jamais s'acquérir par pactes et stipulations, en tant que droits réels.

II. — La *filia familias* pubère était capable de s'obliger civilement.

III. — Le mari a toujours été propriétaire de la dot, même sous Justinien.

IV. — Le concubinat était une union régulière.

DROIT CIVIL

I. — Lorsque les époux ont des torts réciproques, le même jugement peut prononcer le divorce en

faveur de l'un, la séparation de corps en faveur de l'autre.

- II. — Les servitudes continues et apparentes ne peuvent s'acquérir par la prescription de dix à vingt ans.
- III. — Le legs d'usufruit est toujours à titre particulier.
- IV. — La femme commune en biens, qui accepte le remploi de ses propres dans un acte postérieur à celui d'acquisition, est réputée propriétaire des biens acquis en remploi par son mari du jour même de l'acquisition.
- V. — La séparation des patrimoines n'est pas un privilège.

DROIT COMMERCIAL

- I. — Les articles 559 et 564 du Code de commerce ne peuvent être invoqués par les créanciers du mari qui a contracté une assurance sur la vie en faveur de sa femme.
- II. — Le peintre qui vend son tableau ne cède pas le droit de le reproduire.

DROIT PÉNAL.

- I. — Le ministère public peut nonobstant le décès du mari, au cours de l'instance, continuer les poursuites commencées contre la femme adultère.
- II. — L'éditeur qui dissimule à l'auteur le nombre d'exemplaires tirés se rend coupable du délit de contrefaçon.

PROCEDURE CIVILE

- I. — La juridiction du second degré saisie directement d'un litige comportant deux degrés de juridiction doit d'office se déclarer incompétente.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- I. — Les tribunaux français sont en principe incompétents pour connaître des contestations entre étrangers.

Vu : le Président de la thèse,
GARSONNET.

Vu : par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.



IMPRIMERIE HENRI JOUVE, 15, RUE RACINE. — PARIS.
